EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA

Objeto y fundamentos de la construcción sistemática

Prólogo de
Antonio López Pina

Traductores

Mariano Bacigalupo
Javier Barnés
Javier García Luengo
Ricardo García Macho
José M.ª Rodríguez de Santiago
Blanca Rodríguez Ruiz
Germán Valencia
Francisco Velasco
Alejandro Huergo

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2003 BARCELONA



Título original: *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee,* Heidelberg, Springer Verlag, 1998.

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
NIPO: 329-03-025-8
ISBN (INAP): 84-7088-613-4
ISBN (Marcial Pons): 84-9768-048-0
Depósito legal: M. 38.759-2003
Fotocomposición: INFORTEX, S. L.
Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2003

PRÓLOGO

Cuando alguien acomete la edición de un libro, el lector tiene razones para sospechar que le mueven intereses personales. Lo confieso, ése es también el caso en esta ocasión. Tan sólo que lo que me une aquí a un puñado de colegas y amigos, entre los que se cuenta el autor, es sobre todo el compromiso con la cultura europea in weltbürgerlicher Absicht [1]; *y no va a ser difícil para los juristas españoles e iberoamericanos comprender las razones para la edición de* La teoría general del Derecho administrativo como sistema.

1. *Nuestros libros de texto de Derecho administrativo tienen dificultades para recoger la realidad de la* Parte general *del* Derecho administrativo. *El canon tradicional del* Derecho administrativo. Parte general *se centra en competencias, organización y formas de acción pública, sobre todo en las últimas. En los tres ámbitos registramos en la práctica fenómenos, procesos, movimientos, síntomas que sólo relativamente se ajustan a los principios fundamentales y que no acabamos de saber ordenar. Venerables relaciones de Estado de Derecho y coherentes institutos y estructuras jurídicas recibidos de épocas anteriores se ven disueltos por desrreglamentaciones, autorregulaciones, autolimitaciones, fenómenos de cooperación, privatizaciones, agencias, entes, organismos autónomos y otras deformaciones. A tales fórmulas corresponden hoy suertes de acción informales, negociadas, cooperativas entre el Estado, poderes económicos privados, asociaciones, organizaciones y los ciudadanos. Las mismas no solamente difuminan competencias y, por ende, responsabilidades, sino que también cuartean vinculaciones y deberes. La seguridad del Derecho y de la acción administrativa corre así serios riesgos de esfumarse* [2].

[1] *Vid.* A. LÓPEZ PINA, «La vocación cívica universal de Pedro Häberle», Prólogo a P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional,* Madrid, Trotta, 1998.

[2] Cfr. L. LAVILLA, *Seguridad jurídica y función del Derecho.* Discurso leído el día 8 de

Cuando se pierde el norte para las grandes cuestiones, se acaba desvariando. Justo la hipertrofia de tallados dogmáticos a la medida del caso concreto está reclamando una vuelta a los principios fundamentales y a las grandes categorías del Derecho administrativo clásico. Ello parece imprescindible, dado que en la comparación e integración de los diferentes sistemas estatales de Derecho administrativo en el proceso constituyente europeo no podemos sino partir de tales principios y categorías.

Hay otro plano en el que los ordenamientos estatales hace tiempo que han perdido su condición sistemática. Ríos de tinta han ilustrado la desarticulación producida en el Derecho administrativo continental por una importación irreflexiva de institutos jurídicos que no solamente son en sí extraños a la cultura jurídica europea, sino que casan mal con los principios generales bajo los que los últimos doscientos años se ha desarrollado nuestra Administración pública. Del aluvión de argumentos vertidos en las frondas doctrinales recientes, nos quedamos para nuestra dogmática con un par de tesis y un postulado: por un lado, el reconocimiento de que resultaría locura intentar prescindir del fundamento, la solidez y el fulgor de la concepción europea del Derecho administrativo, *y de que* adoptar en España la actual posición de la jurisprudencia americana equivaldría a retrasar el reloj jurídico siglo y medio *(E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995); por otro, el postulado de que* el canon estudioso del rigor impone reflexionar a partir de enteros sistemas foráneos de referencia. No caben las importaciones fragmentarias o a medias de institutos inconexos; las normas y las instituciones, fuera de su contexto, son letra muerta y cáscaras vacías; peor aún, una institución jurídica desencajada de su contexto legal y cultural suele producir efectos perniciosos y desequilibradores en el ordenamiento jurídico en que se inserta *(A. NIETO, 1996, 1989).*

Emplazados ante tal panorama, ¿qué hacer? Hermann HELLER viene en nuestra ayuda definiendo nuestra tarea como juristas: el problema decisivo de una dogmática jurídica es la acuñación histórico-sistemática de conceptos. La construcción jurídica y la formación de sistema es siempre una reflexión productiva completadora de las normas de un instituto jurídico o del ordenamiento jurídico en su totalidad bajo el primado normativo de principios jurídicos sustantivos... De ahí que en tan poca medida quepa elaborar una teoría del Estado desde conceptos que solamente consideren la realidad del ser del Estado, como componer una Ciencia del Derecho con meros conceptos de validez. Fortuna o miseria de nuestra acuñación conceptual de una teoría del Estado y del Derecho dependen de la evolución cultural de nuestro inmediato futuro, sobre todo, de si imponen como lo superior y último

febrero de 1999 en su recepción pública como académico de número; contestación de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1999; H. U. ERICHSEN, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 126, 2001; Th. VON DANWITZ, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1231, 15. August 2000; F. OSSENBÜHL, *Die Verwaltung*, núm. 32, 1999.

la ley, la Historia o el cuño o el modelado de forma y en qué relación entre sí colocará a tales objetos del conocimiento [3].

Después de que la movida historia del siglo XX haya cuarteado de la manera indicada la Teoría general del Derecho administrativo *tributaria de Otto MAYER, se venía echando en falta un libro como el de SCHMIDT-ASSMANN que nos devolviera la perspectiva y la visión de la potencialidad unificadora y racionalizadora del Derecho (HESSE). La doctrina española conoce mi posición sobre* la dogmática alemana como punto de partida de una teoría del Derecho público [4]*; la presente edición es consecuente con tales coordenadas intelectuales.*

2. *Sobre el telón de fondo de los cambios que han sacudido, transformado y hecho estragos en el viejo tronco de la* Parte general *del* Derecho administrativo, *SCHMIDT-ASSMANN nos propone recuperar el control dogmático de la situación. En tal proyecto culmina su tesis central de que* solamente un Derecho administrativo orientado sistemáticamente estará en situación tanto de hacernos cobrar conciencia de las contradicciones de nuestras valoraciones como de ayudarnos a hacer frente a los desarrollos centrífugos de las ramas del Derecho administrativo. Parte especial. *En el primer capítulo caracteriza como* sistemático el intento de mostrar para amplios ámbitos de regulación fenómenos, procesos, conexiones y estructuras comparables. *Para la formación sistemática del Derecho administrativo SCHMIDT-ASSMANN subraya la función del Derecho como instrumento de dirección; precisamente frente a toda suerte de modelos con los que nos abruma hoy día una legión de aprendices de brujo, SCHMIDT-ASSMANN hace hincapié en el* significado permanente del Derecho *para poner bridas a la creciente* economización *de procesos administrativos.*

3. *No ya para la España de nuestros días. También en Alemania,* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee *es reconocido como* potente traducción concepcionalmente acabada, a la vez, innovadora y a la altura de los tiempos, de una experiencia científica de décadas que bien pudiera dotar de nuevo cuño a la disciplina del Derecho administrativo [5]. *Se trata de una parte general de la teoría del Derecho administrativo, que se plantea a la vez los problemas concretos de la práctica jurídica —por más que la argumentación se base en teoremas doctrinales y no en decisiones jurisprudenciales—.*

[3] *Vid.* H. HELLER, «Bemerkungen zur Staats- und rechtheoretischen Problematik der Gegenwart», en H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, Ch. MÜLLER (Hsgb.), zweiter Band, 2. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

[4] *Vid. Manual de Derecho constitucional*, BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, edición, *prolegomena* y traducción de A. LÓPEZ PINA, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2001.

[5] *Vid.* H. SCHULZE-FIELITZ, «Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz - in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts», *Die Verwaltung*, núm. 32, 1999.

El método de SCHMIDT-ASSMANN *es integrador. Parte no solamente de conceptos dogmáticos clásicos o premisas jurídico-sistemáticas, sino también de las tareas y la problemática realidad de la Administración, para caracterizar y tratar dogmáticamente tal realidad. El autor evita la falaz compartimentación disciplinar. En tal sentido, tan equivocada le parece la limitación a la* gran teoría *(Filosofía del Derecho, Historia, teoría de la Constitución, Derecho constitucional) como la reducción al Derecho administrativo especial. El estudio de* SCHMIDT-ASSMANN *muestra que sólo la religación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo hace posible un progreso científico que no se dé por satisfecho con la preservación de los saberes existentes. Cabe leer así la fundamentación constitucional del Derecho administrativo, en el Capítulo segundo, como glosa del postulado del Estado de Derecho y del principio democrático; la legitimación democrática cobra aquí cuerpo mediante la acción y la realidad de la Administración.*

Un valor relevante de La teoría general del Derecho administrativo como sistema *es su carácter innovador. Viene a culminar los* coloquios *y la serie de libros auspiciados en colaboración con Wolfgang* HOFFMANN-RIEM [6]*. Estos y otros trabajos previos son condensados en un sistema conceptual acabado, que hace plausible en el conjunto las distintas contribuciones innovadoras: perspectiva del papel directriz del Derecho administrativo; la evolución desde un control de la Administración orientado al Poder judicial a un control pluridimensional que incluye el control financiero; las funciones del pensamiento sobre las relaciones jurídico-administrativas que trascienden a la función heurística; el hincapié en el interés y en la responsabilidad de la Administración como conceptos sistemáticos referenciales; el papel creciente de la información en el Derecho administrativo.*

Llama la atención una forma procesual de pensar que intenta menos quedarse en el status quo *que asimilar, ordenar y extrapolar los desarrollos que están teniendo lugar. Ello se evidencia en la continua referencia a la* europeización *como proceso, a los procesos reales de cambio y a los desarrollos dogmáticos del Derecho administrativo* [7].

En todo ello se aprecia una alta conciencia de los problemas. Siempre a la altura del tiempo, el autor dirige su punto de mira hacia los procesos estructurales de cambio, ofreciendo vías de solución más que recetas concretas.

[6] Cfr. «Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts», W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg): *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band 1; *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Band 2; *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Band 3; *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Band 4; *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Band 5; *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Band 6; *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Band 7: *Verwaltungskontrollen*. Band 8. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft. Cfr. A. VOSSKUHLE, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», *Die Verwaltung*, 1998.

[7] *Vid.* H. SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*

4. *Más adelante, los traductores avanzan en su* Presentación *el significado dogmático para la doctrina española de* La teoría general del Derecho administrativo como sistema, *por lo que no tendría mayor sentido para este Prólogo comentar la obra. Entiendo más bien mi papel en contribuir a objetivar tales páginas, ciñéndome a definir el* lugar intelectual *de* SCHMIDT-ASSMANN *en la doctrina alemana. Aun así, la pretensión desbordaría a cualquier jurista español; de ahí mi modestia obligada de reducir tal puesta en escena a la de su relación con la* deutsche Staatsrechtslehre.

La Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer *(Asociación de Profesores alemanes de Derecho político), fundada en 1922 y resurgida en 1949* [8]*, es conocida. ¿En qué medida se han reproducido dentro de ella controversias de otro tiempo sobre cuestiones fundamentales* (Richtungsstreit)*? Ciertamente, también ha habido discusiones sobre las grandes cuestiones* (Grundsatzgragen), *por más que puedan discurrir solapadamente y no siempre se llame a las cosas por su nombre. Giran en torno a*

1) la idea de Estado y de Constitución [9]*;*

2) teorías de derechos fundamentales e interpretación constitucional; ponderación de bienes jurídicos, *sea mediante la* compensación que respete al máximo cada uno de ellos *(*LERCHE*), sea mediante la* concordancia práctica *(*HESSE*);*

3) idea de la democracia y límites de la democracia representativa;

4) cómo definir las relaciones sea entre el Tribunal Constitucional y el legislador, sea entre la doctrina y la Jurisdicción constitucional (polémica en torno a la sentencia sobre el Tratado de Mastrique, Paul KIRCHHOF vs. TOMUSCHAT, FROHWEIN, MCCORMICK, STEINBERG, IPSEN, *etc., 1993-2001;* SCHLINK, *1989)* [10]*;*

[8] *Vid.* M. STOLLEIS, «Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zur ihrer Geschichte», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm. 80, 1997; íd., «Durch soviel Türen geschritten. Die Tapeten wechseln, das Recht gilt immer: Vor hundert Jahren wurde Theodor Maunz Geboren», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1. September 2001; íd., «Überkreuz. Anmerkungen zum Kruzifix-Beschluss (*BverfGE*, 93, 1-37) und seiner Rezeption», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswisenschaft*, núm. 4, 2000; íd., «Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland», en *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994; íd., «Eckstein des Anstosses. Theodor Maunz und die Abgründe der "herrschenden Lehre"», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21. Dezember 1993; íd., Theodor MAUNZ, «Ein Staatsrechtslehrerleben», *Kritische Justiz*, núm. 4, 1993; H. P. IPSEN, *Staatsrechtslehrer unter dem Grundgesetz. Tagungen ihrer Vereinigung 1949-1992*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993; íd., «Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Lehrbücher», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 106, 1992; V. NEUMANN, «Rechts- und verfassungstheoretische Positionen der staatsrechtlichen Linken», *Der Staat*, 21. Band, 1982.

[9] *Vid.* A. LÓPEZ PINA, «De la idealización del Estado», Revista *Saber Leer*, núm. 36, junio-julio 1990.

[10] *Vid.* P. HÄBERLE, «Ein "Zwischenruf" zum Diskussionsstand in der deutschen Staatsrechtslehre», en *Politik-Bildung-Religion*, Hans Maier zum 65. Geburtstag, Theo STAMMEN, Heinrich OBERREUTER, Paul MIKAT (Hrsg.), Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1996; cfr. A. LÓPEZ PINA, «Las tareas públicas en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*,

5) ideas dominantes sobre el legislador del Derecho administrativo; mercado vs. *Estado, desrreglamentación vs. regulación, privatizaciones y principio de la libre competencia vs. preservación de los intereses generales mediante un Derecho administrativo de inspiración constitucional.*

La teoría general del Derecho administrativo como sistema *nos invita a descubrir en todo caso cómo* SCHMIDT-ASSMANN *ha buscado y conseguido su propio lugar. En el seno de la doctrina,* La teoría general del Derecho administrativo como sistema *discute los cambios funcionales de la acción del Estado de forma mucho más precisa, cercana a los problemas e innovadora. Frente a tales páginas, los intentos de defender y reanimar la estatalidad clásica, digamos, en el* Handbuch des Staatsrechts [11] *dan la impresión de ser meros reproductores de saberes codificados y poco portadores de futuro.*

Ello puede apreciarse en concreto, por ejemplo, en el tratamiento dedicado a las formas de acción del Estado. En el Handbuch des Staatsrechts [12] *se registran y sistematizan los desafíos para el Estado que comportan los cambios de los recursos e instrumentos a disposición del Estado. En correspondencia con el aumento de sus tareas los apreciamos tanto en términos de la potestad normativa, la política de personal y la financiación como en lo concerniente a tareas, competencias y facultades. Si, de un lado, se reconoce la vinculación formal de la acción pública, de otro, se ha cobrado conciencia de la creciente emancipación de la ley en la práctica de la acción pública. Llega incluso a registrarse el papel de la información en la acción de la Administración pública.*

Sin perjuicio de que tales páginas revelen la especial sensibilidad de KIRCHHOF *para las tendencias actuales del Estado, sin embargo, su análisis permanece en un nivel superestructural, alejado de la relación inmediata con la realidad del Derecho administrativo y de su doctrina y jurisprudencia. Precisamente los problemas de la Administración ponen al descubierto las limitaciones de tan brillantes análisis, que quedan extramuros de la realidad. Por el contrario, cuando se vuelve la mirada a* La teoría general del Derecho administrativo como sistema *nos encontramos con visiones de la europeización del Derecho administrativo, la modernización de la Administración mediante el* new public management, *los proyectos de codificación del Derecho administrativo del medio ambiente y demás* [13].

Pero no solamente en tal sentido se aprecian diferencias; también desde otra perspectiva cobra relieve la obra de SCHMIDT-ASSMANN. *En lo*

núm. 4, julio-diciembre 1998; íd., «Las leyes parlamentarias de delegación como límite al Derecho comunitario», Prólogo a Ignacio GUTIÉRREZ, *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

[11] *Handbuch des Staatsrechts*, J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), I-VIII Bände, Heidelberg, C. F. Müller Verlag.

[12] *Vid.* § 59, P. KIRCHHOF, Mitteln staatlichen Handelns.

[13] *Vid.* SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*

que a la política se refiere, la mayoría de los miembros de la deutsche Staatsrechtslehre *se definirían como* conservadores moderados; *un grupo numéricamente menor se identifica como* liberal *en el sentido de la coalición socioliberal que gobernó Alemania entre 1969 y 1982. Mayoría y minoría tienden a converger en un amplio centro. No acaba ahí el cromatismo ideológico del gremio, sin embargo: si cada alemán tiene problemas para desmarcarse de los extremos políticos, la* Vereinigung de profesores de Derecho político *no iba a ser menos; de ahí la beligerante actitud ante personalidades de izquierdas, literalmente estigmatizadas. Lo que contrasta, por ejemplo, con la generosidad respecto de personalidades de extrema derecha como Theodor* MAUNZ [14].

Pues bien, también en tal contexto es significativa la evolución intelectual y personal de SCHMIDT-ASSMANN. *Habiendo comenzado su carrera universitaria bajo la tutela de Werner* WEBER, *bien pudiera haber seguido la trayectoria convencional de tantos otros (J.* ISENSEE; *W.* BÖCKENFÖRDE; *Revista* Der Staat, *etc.) embarazados en su evolución intelectual del schmittiano* Staats- und Verfassungsverständnis, *persistentemente acreditado en el* Handbuch des Staatsrechts, *e inmovilizados dentro del pétreo espectro ideológico de la* Vereinigung. *La cuestión que se plantea es: ¿qué ha salvado de tal común destino de distinguidos miembros de su generación intelectualmente a* SCHMIDT-ASSMANN?

Pues bien, en los últimos quince años una aproximación metodológica trasciende toda suerte de frentes y temas de interés: la comparación como quinto canon de la interpretación [15]. *En la obra de* SCHMIDT-ASSMANN *pue-*

[14] *Vid.* STOLLEIS, *op. cit.*

[15] Pedro HÄBERLE tiene el mérito de haber introducido el canon de la comparación como *quinto método de interpretación* en sus intervenciones en Madrid el año 1989: «Fuerza normativa e interpretación de los derechos fundamentales: efectividad de los derechos fundamentales, en particular, en relación con el ejercicio del poder legislativo», en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, edición de A. LÓPEZ PINA, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Civitas, 1991. Con posterioridad aparece ya regularmente en sus publicaciones, *vid.* P. HÄBERLE, «Programm des "Gemeineuropäischen Verfassungsrechts"», *EuGRZ*, 1991; P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992. Personalidades de peso en la doctrina (Ch. STARCK) hacen propios los planteamientos de HÄBERLE. Impulsos adicionales proceden de obras pioneras como H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, y J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 Bde., 1988, de la creciente *europeización del Derecho* y de la elaboración jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Tal aportación de HÄBERLE se ve consagrada con Jornadas en torno a "40 Jahre Grundgesetz" y los consiguientes libros resultado de las mismas. C. STARCK (Hrsg.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, 1990; K. STERN (Hrsg.), *40 Jahre Grundgesetz*, 1993; U. BATTIS, E. G. MAHRENHOLZ y D. TSATSOS (Hrsg.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen*, 1990; congresos de la *Vereinigung* como el de Zurich —*VDStRL*, núm. 50, 1991, «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft»—, y trabajos definidores de la situación en el Derecho público como E. SCHMIDT-ASSMANN, *Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts*, FS P. Lerche, 1993. El método comparado se hace común

de seguirse la evolución del recurso a la comparación vía teoría constitucional al postulado del Estado constitucional de Derecho como marco para el Derecho administrativo. Han sido la sensibilidad y la práctica del recurso al Derecho comparado y la apertura hacia la construcción jurídica europea por simple acumulación de evidencias de la Administración pública alemana los que han liberado a SCHMIDT-ASSMANN *del* Staatsverständnis *y de los* Lager *que coartan la reflexión de tantos colegas para superar la* introversión nacional [16]. *En términos personales, tampoco es* negligèable *el tirón que ha debido comportar para* SCHMIDT-ASSMANN *el trabajo en compañía de Wolfgang* HOFFMANN-RIEM. *El caso de nuestro autor tiene, en fin, el valor adicional de la ejemplaridad al documentar con su obra que la crisis de desarrollo intelectual en juristas tan extraordinariamente dotados no se explica, sea por la tradición del pensamiento alemán, sea por las circunstancias históricas que acompañaron a sus biografías.*

Comoquiera que sea, a partir de ahora contamos con La teoría general del Derecho administrativo *que andábamos necesitando. El mejor elogio que cabe hacer de ella es que responde, de la cruz a la raya, a la tarea que definía* HESSE *hace unos años:* más que dedicarse a escribir monografías adicionales sobre el Estado de Derecho o a tallar aún mejor la dogmática de los derechos fundamentales, los juristas alemanes estarían bien aconsejados en elaborar conceptos y alternativas que hagan posible también en el futuro a los hombres una vida en libertad y dignidad [17].

Esta edición española no habría visto la luz sin notables esfuerzos y apoyos: la traducción ha sido realizada por Mariano BACIGALUPO, *Javier* BARNÉS, *Javier* GARCÍA LUENGO, *Ricardo* GARCÍA MACHO, *Alejandro* HUERGO, *José María* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Blanca* RODRÍGUEZ RUIZ, *Germán* VALENCIA *y Francisco* VELASCO.

Siempre importó a Luciano PAREJO *el* aggiornamento *del Derecho administrativo, y en tal sentido ha percibido toda suerte de afinidades electivas al seguir negro sobre blanco la aventura intelectual de* SCHMIDT-ASSMANN *y* HOFFMANN-RIEM. *Ello implica que se tomara a pecho persuadir al Instituto Nacional de Administración Pública para que incluyera la obra en su colección. Dadas las limitaciones de recursos materiales y humanos de la Administración pública española bajo la democracia, Luciano* PAREJO *y yo reconocemos gratamente la sensibilidad intelectual de Jaime* PEÓN, *arquetipo de funcionario público. En fin, razones privadas*

en monografías y comentarios a la Ley Fundamental hasta el extremo de cobrar expresión en votos particulares del *Bundesverfassungsgericht*.

[16] Cfr. E. FORSTHOFF, «Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung», *Der Staat*, núm. 2, 1963.

[17] *Vid.* K. HESSE, «Schlusswort», en *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, H. P. SCHNEIDER y R. STEINBERG (Hrsg.), 1990.

y públicas han llevado a Mariano BACIGALUPO *a apostar fuerte por la publicación de* La teoría general del Derecho administrativo como principio ordenador, *a fin de que ninguna editorial en el mercado aventaje en calidad científica ni en vanguardia intelectual a Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Como hacen los buenos amigos, José Ramón* PARADA *ha dado su bendición al proyecto.*

Madrid, en Peña Santa, 14.

Otoño de 2001.

Antonio LÓPEZ PINA, Editor

PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN

Con la traducción de la presente obra se vierte al español una importante aportación del pensamiento jurídico-administrativo de nuestro tiempo. El libro, cuyo título ha sido traducido con una cierta libertad —de consuno con su autor— como *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema* [1], se ocupa de la *ciencia del Derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Tal es el tema y tal podría haber sido en verdad su título original, si no es por razones de elemental modestia. Sea como fuere, no cabe duda de que este trabajo contiene una de las más notables reflexiones de la doctrina alemana del Derecho público de los últimos años y así es considerado en aquel país por no pocos iuspublicistas [2]. Es una obra que se inscribe y entronca con la mejor tradición del Derecho administrativo como disciplina sistemática, con pensadores como Otto MAYER y Fritz FLEINER [3]. Lo único

[1] El título en alemán reza así: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (literalmente, podría traducirse por "El Derecho administrativo general como idea ordenadora"; se alude con tal expresión a la "idea" o pensamiento capaz de vertebrar un sistema). La obra lleva por subtítulo *Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung* (lit.: "Fundamentos y tareas de la formación sistemática del Derecho administrativo"; podría hablarse también de "funciones" de la construcción sistemática. Se ha preferido finalmente la expresión "objeto", por resultar más literaria e igualmente justa con lo que designa *"Aufgaben"*. Se hace referencia, en definitiva, con este subtítulo, a los *retos* que tiene ante sí la doctrina actual). Sobre las ideas que subyacen al título del libro, véase el Capítulo primero, núms. margs. 1 ss.

[2] Hans-Uwe ERICHSEN concluirá que es una lectura obligada para todo aquel que se dedique al Derecho administrativo o esté interesado en él (cfr. su recensión en *AöR*, 126, 2001, p. 303); H. SCHULZE-FIELITZ, aún más gráfico, dirá que «aquel que no haya leído este libro no podrá pretender seriamente estar a la altura del debate de la ciencia del Derecho administrativo» (*JZ*); F. OSSENBÜHL observa que «SCHMIDT-AßMANN ha realizado con su estudio un brillante análisis de los problemas actuales del Derecho administrativo general; ha hecho una aportación esencial para su tratamiento y ha abierto caminos que aún han de recorrerse» (*Die Verwaltung*); o T. VON DANWITZ entiende que no puede exagerarse bastante el legado de esta obra, pues parafraseando a Hans J. WOLFF, el Derecho administrativo del siglo XXI será sistemático o no será (*DVBl.*, 15, 2001, p. 1231), etc.

[3] Cfr. la recensión de Thomas VON DANWITZ, *op. cit.*, p. 1231.

que cabría discutir, si acaso, es la longitud de ese horizonte, las décadas a las que se extiende la primacía o significado de su doctrina.

El profesor E. SCHMIDT-AßMANN es bien conocido en la literatura especializada de habla española [4], como lo es también, dejando al margen el hecho de que haya o no traspasado las fronteras del idioma, la meritoria serie de estudios sobre la *reforma del Derecho administrativo* [5], editada en unión con W. HOFFMANN-RIEM y convertida en la última década en una obra de referencia obligada para el Derecho administrativo occidental, señaladamente en la Europa continental, y cuyo valor fundamental radica, a nuestro juicio, en que proporciona un *mapa* en el que situar las profundas y heterogéneas reformas a las que se hallan sometidos el Estado y la Administración pública contemporáneas, así como un *método* o guía sistemáticos para reconstruir la Parte General del Derecho administrativo, reto éste, desde luego, apasionante, al que se enfrenta con no pocas contribuciones y luces [6].

La obra cuya traducción ahora presentamos se halla profundamente imbricada con el pensamiento creador de esa colección, iniciada unos años antes. Si, a grandes trazos, hubiéramos de seleccionar algunos de los rasgos *metodológicos* de la serie, por convención, podríamos decir que se caracteriza, primero, por su apuesta por una concepción del Derecho administrativo como ciencia de *dirección*; segundo, por una comprensión más amplia de su sistema y de los objetivos que ha atender la ciencia del Derecho administrativo, y tercero, por la idea

[4] Véanse, por ejemplo, sus trabajos «El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático», en J. BARNÉS (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 317-337; «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa», en *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, 1993, pp. 7-31; o «El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea», en *Justicia Administrativa*, núm. 13, octubre 2001, pp. 5-25.

[5] «Escritos sobre la reforma del Derecho administrativo»: *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, hasta ahora nueve volúmenes (1993-2002). Los temas de los que se ha ocupado la serie son la reforma del Derecho administrativo general; la capacidad de respuesta de la dogmática del Derecho administrativo —su innovación y flexibilidad— para hacer frente a los nuevos retos; el entrelazamiento entre el Derecho público y el Derecho privado; el mundo de la organización administrativa y los nuevos modelos e instrumentos de dirección; la eficacia como principio y desafío para el Derecho administrativo; las estructuras del Derecho administrativo europeo; el Derecho administrativo en la sociedad de la información; los controles de la Administración en el contexto del Estado cooperativo; el procedimiento administrativo y la legislación de procedimiento.

Todos los estudios —se trata siempre de obras colectivas— abordan estas cuestiones capilares en clave de cambio y reforma y desde una aproximación pluridisciplinar (entre otras, con la óptica que aporta la ciencia de la Administración). Las nuevas funciones asumidas por la Administración; los instrumentos ideados a su servicio; las estrategias de la organización administrativa; o el amplio debate académico acerca de la capacidad de dirección del Derecho, entre otros elementos, son algunos de las "excusas" de esta serie para avivar el debate sobre la conveniencia de reconstruir la teoría general del Derecho administrativo.

[6] Puede verse la recensión y comentario a esta colección de A. VOßKUHLE, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», en *Die Verwaltung*, 1998, pp. 545-554.

de los sectores de referencia [7]. *Tres líneas que, por lo demás, aparecen nítidamente explicitadas en la presente obra, desde su primer capítulo:*

a) El postulado de la ciencia del Derecho administrativo como ciencia de *dirección* (esto es, como un Derecho que aspira a dirigir los procesos sociales) [8] se asienta sobre la premisa de que la ciencia jurídica no puede detenerse en la construcción dogmática de reglas jurídicas, categorías, institutos o doctrinas, sino que, además, debe preocuparse por encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan posible que el Derecho sea eficaz y eficiente. Si en la segunda posguerra se puso el acento en la delimitación de la Administración pública como segundo poder y en su *vinculación* a la Ley y al Derecho —esto es, en la cláusula del Estado de Derecho y, con ello, en las figuras del derecho subjetivo, la tutela judicial, o la reserva de ley, entre otras—, en la actualidad, sin embargo, el debate parece haberse desplazado hacia otros terrenos en la búsqueda de una más eficaz acción administrativa, dentro de las coordenadas que trazan la Constitución y el Derecho europeo, en un entorno, por lo demás, en el que la Administración sepa encarnar con más fuerza la legitimidad democrática del legislador y suscitar con sus decisiones a un tiempo la adhesión y el consenso de los ciudadanos. Se trata, desde luego, de un análisis o de una aproximación científica dominada por la perspectiva funcional o, lo que es lo mismo, orientada hacia el cumplimiento y la satisfacción de los objetivos que el ordenamiento le asigna en cada caso a la Administración [9]. También la acción de la Admi-

[7] Cfr. A. VOßKUHLE, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», *op. cit.*, pp. 546-552, que aquí sintetizamos.

[8] El Derecho no es sólo un límite para la Administración. Sirve también de vehículo para encomendarle a la Administración que adopte decisiones *correctas*, que sean fruto de la interacción entre legalidad, optimización, aceptabilidad o consenso y viabilidad. *Vid.* HOFFMANN-RIEN, en HOFFMANN-RIEN/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilitaet des Verwaltungshandelns*, 1994, pp. 19 ss. Interesa, pues, no sólo el *output* de la Administración, sino también el *outcome*, el resultado efectivo de la acción administrativa (cfr. H. H. TRUTE, «Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: einige Leitmotive zum Werkstattgespraech», en *Die Verwaltung*, Beiheft 2, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, Berlin, 1999, p. 18).

[9] Desde este planteamiento, se afirma, cabe entender con mayor profundidad y desde otros moldes conceptuales, no ya sólo las formas jurídicas de actuación más clásicas tales como la ley, el acto, el contrato administrativos o el plan, sino también la temática de los parámetros o cánones a los que ha de sujetarse la Administración; el tema de la organización y el procedimiento administrativos; los recursos financieros; o la participación de los interesados; y, lo que es más importante, la recíproca interacción de tales magnitudes entre sí. Con esa aproximación resulta más fácil identificar, y solucionar, los problemas o déficits que presenta el ejecutivo en la consecución de los objetivos que ha de satisfacer y en el cumplimiento de las tareas que el ordenamiento le tiene encomendadas, que desde la más estrecha perspectiva centrada en un enfoque hermenéutico y normativo. Pero además ese análisis permite integrar nuevas formas de acción administrativa, como las que se dan en el ámbito de la resolución y ponderación de conflictos; en relación con el uso de la información o en la aplicación de las reglas inspiradas en criterios económicos. Estas nuevas fórmulas o formas de actuación no se basan en las técnicas de coacción forzosa, ni en el carácter unilateral del acto administrativo. Su arma consiste en suscitar la colaboración, en incentivar y apoyar la autorregulación y la responsabilidad propia.

nistración, los servicios que presta o que garantiza, han de ser eficaces, de calidad. Y a ello ha de contribuir el Derecho administrativo, que no puede contentarse con que aquélla se ajuste en su actuación a la legalidad, en un reducido lenguaje o código "binario" (legalidad-ilegalidad). No basta con embridar al poder con el Derecho (E. García de Enterría), o con haber creado un Derecho "contra" la Administración pública (A. Nieto), por decirlo en términos gráficos y conocidos. Hay que buscar soluciones eficaces en beneficio del ciudadano [10].

b) La doctrina de la dirección es bien conocida en el ámbito de las ciencias políticas y sociales. En lo que a nuestro ámbito se refiere, también se interesa por la forma de trabajar de la Administración. Aquí su objeto consiste en identificar estrategias que no sólo resulten adecuadas sino también prácticas y viables, a la vista de las concretas circunstancias en cada caso concurrentes. Esta aproximación carece por sí misma de una clara carga argumental o fundamento teórico. De ahí que su fuerza dependa, en el terreno de las ciencias jurídicas, de su anclaje e interrelación con el pensamiento sistemático. Y ello lo hace en tres fases sucesivas: primero, contribuye a ordenar la difusa realidad administrativa con categorías o clasificaciones, construidas desde diversos ángulos, con una finalidad descriptiva, a fin de preparar el terreno para una mejor comprensión ulterior; segundo, genera la formación de conceptos-clave o conceptos-puente entre las ciencias de la Administración y la ciencia del Derecho administrativo (como eficacia o responsabilidad [11]), capaces de almacenar una valiosa y profunda información, y cuya utilidad radica en extraer ideas ordenadoras e integradoras que luego, enriquecidas, se vuelcan sobre el entramado argumental del Derecho; y, en tercer lugar, induce a crear nuevas teorías jurídicas de carácter general, principios, decisiones valorativas e institutos. Por lo que a este último extremo se refiere, es claro que tal ha sido el objeto y finalidad del pensamiento sistemático del Derecho administrativo a lo largo del tiempo. Ahora bien, mientras que el sistema jurídico que se inspira en la dogmática tradicional se ha centrado en la interpretación de las normas y en la creación del Derecho, la sistemática que se nutre de la perspectiva científica que aporta

Con todo, y para conjurar las desviaciones o peligros que esta perspectiva también pueden generar, constituirá un objetivo prioritario para este movimiento la gestación de una metodología que integre de modo *interactivo las distintas perspectivas* que aportan la teoría, la dogmática, la historia, la economía y la moderna ciencia social. Cfr. A. Voßkuhle, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», *op. cit.*, pp. 546-549. Sobre el tema, *vid.* el Capítulo primero del presente libro.

[10] Exigencia ésta particularmente sentida en el terreno de la sociedad de la información y del conocimiento, tal y como se desprende de los debates y documentos, normativos o no, de la Unión Europea y de las numerosas iniciativas oficiales de *e-government* en todo el mundo.

[11] El concepto de "responsabilidad" o responsabilidades (en el sentido de tareas o funciones que cumplir o satisfacer por parte de la Administración) fue reelaborado, para el ámbito de la ciencia del Derecho administrativo, por Schmidt-Aßmann y encuentra en la obra que ahora se traduce numerosas expresiones. Sobre ello se vuelve más adelante.

la doctrina de la dirección, partiendo del análisis de la realidad del Estado y de la sociedad, tiene por objeto en primer lugar el estudio de la organización, el personal o el procedimiento [12], en la búsqueda, claro es, de una mayor eficacia.

c) Para determinar en qué medida los institutos básicos y las piedras angulares del Derecho administrativo general siguen cumpliendo su función integradora o, por el contrario, se hallan urgidos a la reforma, es necesario estar a cada sector de la parte especial, esto es, a los problemas concretos, a los intereses y a los objetivos específicos que allí se suscitan. En el contexto de la fragmentación y especialización de la sociedad, la distancia y la heterogeneidad de los distintos sectores especiales del Derecho administrativo no hace sino acrecentarse, hasta el punto de que resulta difícil inducir o destilar teoría general de la casi inagotable y multiforme variedad de materiales específicos [13]. El estudio de algunos de los nuevos sectores especiales del Derecho administrativo como bancos de prueba hará posible la *actualización* de ese común denominador que es la Parte General. La cuestión, en suma, consiste en facilitar un rico proceso dialéctico de inducción y deducción, mediante la interacción entre determinados sectores especiales y la Parte General [14]. Esta posición metodológica resulta muy exigente para el investigador, puesto que al tiempo que le obliga a introducirse en las profundidades del sector de que se trate, debe mantener su capacidad para la reflexión y la abstracción [15]. Téngase en cuenta, sin embargo, que, en contra de lo que pudiera pensarse, no se trata de una mera inducción, sin más, a partir de sectores especiales de particular riqueza. La Parte General no es fruto exclusivo de la abstracción y la generalización. Es algo más que eso. El fundamento metodológico de las relaciones entre la teoría general y los sectores especiales remite a cuestiones de hondo calado, como las que hacen referencia a la *apertura* al cambio —y sus condiciones— de la teoría general del Derecho administrativo o las que guardan relación con el grado y la forma de influjo de la Parte Especial sobre la General [16].

[12] Cfr. A. Voßkuhle, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», *op. cit.*, pp. 549-551.

[13] Cfr. A. Voßkuhle, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», *op. cit.*, p. 551. Concluye el citado autor que el jurista que cultiva el medio ambiente, los medios de comunicación o las cuestiones sociales tiene en común lo mismo que un civilista y un iuspublicista.

[14] Cfr. Capítulo primero del presente libro.

[15] En otras palabras, el jurista ha de ser a un tiempo generalista y especialista o experto o, por mejor decir, a nuestro juicio, un generalista que se especializa al servicio y en función de las necesidades de la Parte General.

[16] Sobre el tema, *vid.* el interesante trabajo de T. Groß, «Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht», en *Die Verwaltung*, Beiheft 2, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, Berlin, 1999, pp. 57 ss. Como mera aproximacion al problema, baste notar que el Derecho administrativo general puede ser entendido como aquellas normas positivas de general o común aplicación en todos los sectores especiales; o bien, como el conjunto

El presente libro sube un escalón más en la abstracción y ofrece una *cartografía* —y valga de nuevo la imagen— a escala mayor y, con ello, más distancia y perspectiva, y, en definitiva, una visión panorámica más comprensiva, en equilibrada síntesis. Ciertamente, hablar de reforma y cambio en el Derecho administrativo es tan antiguo como el Derecho administrativo mismo [17]. Con todo, hay tiempos de reforma o ruptura y tiempos de consolidación. La etapa que nos ha tocado se singulariza por cambios profundos en la sociedad y en el Estado [18]. De ahí la trascendencia de *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema*. No hay reflexión sobre el concepto y método de nuestra disciplina que pueda prescindir hoy de su lectura o permanecer al margen del debate que suscita. El lector tiene en sus manos un libro que no le va a dejar indiferente [19].

El trabajo de SCHMIDT-AßMANN pretende compensar el déficit de contexto y sistema que afecta a no pocas obras jurídicas especializadas, en exceso descriptivas o apegadas a un concreto sector, faltas de inducción y deducción, y, en suma, de interacción con la teoría general; al tiempo que aspira también a equilibrar la obligada vinculación de la jurisprudencia al caso concreto, ajena a sistematización alguna. No faltan tampoco en nuestro tiempo monografías, artículos o comentarios con una clara pretensión práctica o profesional, antes que científica, y que, por ello, se limitan a levantar acta del régimen jurídico de tantas instituciones, sin cuestionar el método jurídico en relación con ese concreto ámbito de la realidad o la recíproca influencia del tema con la Parte General. No sobran, en definitiva, "constructores del Derecho". Aun cuando el trepidar de la vida moderna, la sobredosis de información de la nueva era o el desbordamiento de los flujos normativos, entre otros factores, pudieran desacreditar el valor de la construcción ordenadora y sistemática —por creerla abstracta, formal y vacía de contenido—, lo cierto es que sólo desde una tal comprensión se podrá conjurar el peligro de la hipertrofia reguladora del Derecho administrativo, de la pérdida de transparencia, de lógica y de coherencia que afecta a los valores subyacentes y al sistema mismo.

de teorías generales articuladas en forma sistemática. Hay, pues, un sistema general externo —en manos del legislador— y otro interno —propio de la doctrina—. De otro lado, las distintas piezas que lo componen pueden tener un distinto grado de abstraccion y generalidad; es posible hablar de una escala, con consecuencias, desde luego, en el plano científico (*ibidem*; *vid.* asimismo Capítulo primero del presente libro).

[17] Cfr. D. EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», en H.-U. ERICHSEN (ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.ª ed., 1998, § 2, núm. marg. 90.

[18] Piénsese en la revolución de la sociedad de la información y del conocimiento; el movimiento de privatizaciones, liberalización y desregulación; la revolución genética; la sociedad del riesgo; las nuevas concepciones sobre la cooperación y el consenso entre la Administración y la sociedad; la autorregulación social, etc.

[19] El libro no se entiende, ni se valora, si no es en su conjunto. El pensamiento del autor se articula en forma "transversal" a lo largo de toda la obra.

El texto que el lector tiene ante sí condensa algunos de los hilos conductores que recorren la produccion científica del profesor E. SCHMIDT-AßMANN en lo que hace al sistema conceptual del Derecho administrativo que ha llegado hasta nuestros días; el método de construcción, y los retos a los que ha de enfrentarse la doctrina, y que podrían sintetizarse como sigue:

a) El sistema conceptual del Derecho administrativo tradicional, heredado del Estado liberal, se basa sobre esquemas, postulados o presunciones que no siempre resultan útiles para aprehender por entero los nuevos fenómenos y realidades de nuestro tiempo. Es ésta una constatacion de partida con efectos multiplicadores y desde la que se explica, desde luego, la actitud y la preocupación por la reforma de la teoría general del Derecho administrativo [20].

Baste pensar, a título de ejemplo, en el concepto jurídico de Administración, desde ese concreto prisma. Levantar el edificio conceptual de la Administración pública sobre el pilar de la división de poderes, como se hizo en los orígenes, choca con severas limitaciones dogmáticas. De entrada, el concepto de Administración pública se ve constreñido o condicionado por su referencia o relación con el resto de poderes, con las consabidas insuficiencias o disfunciones en las que ello desemboca. Por lo mismo, las relaciones entre la Administración y la Ley quedan reducidas a una función de mera ejecución, sobre la premisa de que la Ley gobierna a la Administración a través de los programas materiales (presupuestos de hecho) que aquélla establece, por lo demás, con la máxima precisión posible, a fin de predeterminar la respuesta o conducta de la Administración en cada caso. En otras palabras, la Administración *ejecuta* la Ley dictando resoluciones formalizadas mediante la aplicación del mecanismo jurídico de la subsunción. Desde esta perspectiva, sin embargo, la norma que no cierra (o encierra) la realidad constituye una desviación del sistema y el mundo de la discrecionalidad (incluida la de carácter técnico o los márgenes de apreciación) se presenta como una excepción o algo marginal. Con ese enfoque reductor no habrá otra preocupación que la de pretender que el manto de la legalidad todo lo cubra y prevea, para dejar en el abandono por contra la elaboración de otras fórmulas de compensación o formas de legislar que equilibren la incapacidad reguladora de la ley al estilo del Estado liberal y su consiguiente debilidad para dirigir y vincular a la Administración, de acuerdo con el esquema tradicional —a través de presupuestos de hecho previsibles y estables—, frente a ciertos sectores de la vida económica y social,

[20] Es una idea recurrente en su obra. *Vid*, por ejemplo, la breve síntesis realizada por SCHMIDT-AßMANN, «Einige Uberlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht», en *Die Verwaltung*, Beiheft 2, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, Berlin, 1999, pp. 177-178.

de la ciencia y de la tecnología, que no se dejan disciplinar de ese modo [21].

En cambio, si se parte del dato de que el ejercicio del poder público, del poder del Estado, se sujeta a específicas exigencias constitucionales [22], podrá convenirse en la relevancia de deslindar las respectivas *esferas de responsabilidad* que ocupan en cada tiempo y lugar la sociedad y el Estado. Es sobre esta base o punto de partida —y no en el principio de la división de poderes— donde se encuentran las claves para la inducción de un sistema moderno de Derecho administrativo, flexible y dinámico, atento a las nuevas fronteras entre la sociedad y el ámbito administrativo, siempre en continuo movimiento. Es una extensa franja fronteriza que deviene, no en un muro de división, sino en lugar de encuentro y de *cooperación* [23]. El análisis ulterior habrá de sistematizar la tipología y clases de responsabilidades de la Administración; el grado e intensidad de las distintas expresiones del fenómeno cooperativo entre el Estado y la sociedad; o la proyección de las garantías constitucionales. Al Derecho administrativo le corresponde, pues, el estudio de la Administración, no sólo en su vertiente estática (estructuras jurídico-públicas; fórmulas organizativas de Derecho privado), sino también en su dimensión *dinámica*: el tratamiento jurídico del amplio espacio de *cooperación* administrativa y social, basado en el *entrelazamiento* y *convergencia* del Derecho privado y del Derecho público, ramas éstas del ordenamiento que hoy se encuentran llamadas más que nunca a complementarse recíprocamente [24].

b) Tanto la ciencia del Derecho administrativo como las denominadas ciencias de la Administración tienen el mismo objeto de estudio e investigación: la Administración. No hay prelación o preferencia entre ellas. Cada una ejerce o cumple una función auxiliar respecto de la otra [25]. La identidad del objeto material (basta examinar la coincidencia de temas y epígrafes entre tratados de Derecho administrativo y de Ciencias de la Administración) podría llevar a pensar que, con el paso del tiempo, habría podido desarrollarse un maduro sistema de comunicación, un fluido intercambio de conocimientos científicos. No ha sido así, sin embargo. No se puede hablar de *interdisciplinariedad*, sino de *adición* de los distintos productos científicos aportados por cada una de las ciencias en cuestión desde su particular óptica, esto es, de *multidisciplinariedad* [26]. Durante décadas, en efecto, las relaciones entre ambas áreas del saber han sido turbulentas, marcadas por encuentros y desencuentros, por intentos metodológicamente fallidos y, sobre todo, por una exquisita y calculada equidistancia, en realidad coherente con sus premisas.

[21] *Ibidem*, pp. 178-179.

[22] En nuestro caso, por ejemplo, los arts. 1.1, 9.1, 10 y 53.1 CE; 24.1 y 106 CE, etc.

[23] *Ibidem*, pp. 177-179.

[24] *Ibidem*, p. 179.

[25] *Ibidem*, pp. 179-181.

[26] Cfr. SCHUPPERT, «Schlusselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft», en *Die Verwaltung*, Beiheft 2, *Die Wissenchaft vom Verwaltungsrecht*, Berlin, 1999, pp. 103-110.

Así las cosas, la cuestión que desde la ciencia del Derecho administrativo se plantea E. SCHMIDT-AßMANN consiste en debatir si resulta posible pasar de la multidisciplinariedad a la interdisciplinariedad, movimiento éste que no exigiría, a su juicio, un método único o común, ni, menos aún, el alumbramiento de una nueva ciencia integradora, aunque sí un *entendimiento de base* sobre determinados conceptos o parámetros utilizados por ambas ciencias [27]. Se trata, en efecto, de elaborar y construir sistemáticamente conceptos *asociativos* de carácter *interdisciplinar* que puedan hacer de *puente* entre ambas disciplinas, es decir, que sean capaces de sintetizar las *claves* interpretativas de este diálogo científico. Algunos de esos conceptos-asociativos, conceptos-puente o conceptos-clave, como los conoce la doctrina, son la dirección, la comunicación o la responsabilidad [28].

c) El desafío fundamental al que ha de hacer frente la ciencia del Derecho administrativo se localiza en la Parte General, como lugar de reflexión y de recepción. Es ahí donde se produce y se gesta la revisión de los dogmas tradicionales y la construcción de nuevas categorías [29], a la luz, por otra parte, de la creciente necesidad de elaborar una *teoría general* del Derecho administrativo europeo [30]. Las funciones o el objeto de esa reconstrucción [31] pasan, en opinión del autor, por el cultivo de nuevos sectores de referencia [32], nuevos modelos de comu-

[27] Cfr. «Einige Uberlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht», *op. cit.*, pp. 180-181.

[28] Concepto este ultimo al que ya se ha hecho referencia y sobre el que se abunda en la presente obra. *Vid.* también SCHUPPERT, «Schlusselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft», *op. cit.*, pp. 114-120.

[29] Cfr. el Capítulo primero del presente libro.

[30] Cfr. el Capítulo séptimo del presente libro.

[31] Recuérdese el subtítulo del libro: *vid.* nota 1.

[32] El contraste entre los sectores actuales más *representativos* y la clásica teoría general traerá indudables frutos (piénsese, v. gr., en lo que se ha enriquecido el procedimiento administrativo merced a la evolución experimentada por el Derecho administrativo del medio ambiente). Cfr. SCHMIDT-AßMANN, «Einige Uberlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht», *op. cit.*, p. 182; T. GROß, «Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht», *op. cit.*, pp. 57 ss.; R. SCHMIDT, «Die Internationalisierung des oefentliches Wirtschaftsrechts», *op. cit.*, pp. 169 ss.

Los nuevos "sectores de referencia" resultan mucho más permeables a la recepción (e interacción) de las ciencias de la Administración que los tradicionales sectores de la parte especial. Así sucede, por ejemplo, con el Derecho administrativo del medio ambiente, de la técnica, de la ciencia, la información o la medicina, entre otros. Cfr. TRUTE, «Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: einige Leitmotive zum Werkstattgespraech», en *Die Verwaltung*, Beiheft 2, *Die Wissenchaft vom Verwaltungsrecht*, Berlin, 1999, pp. 13-14.

nicación [33] y nuevas estructuras administrativas [34]. En realidad, en todos estos campos se encuentra de alguna manera presente el *Derecho administrativo de la información*, que se convierte así no en un sector más, sino en la columna vertebral de la reforma de la teoría general [35].

La traducción *jurídica* constituye una labor científica de primera magnitud, con frecuencia ardua y no siempre bien apreciada [36]. Con mayor razón cuando, como es el caso, se trata de expresar artesanalmente en nuestra lengua una obra de *pensamiento*, abstracta y profunda, que sugiere y esboza a la vez, que ha sido gestada durante largos años [37] para, finalmente, cristalizar en un lenguaje comprimido, casi en clave, como el propio autor reconoce. Un claro sentido de servicio a la comunidad científica ha terminado por romper las naturales resistencias del grupo de traductores para asumir una tarea de tanta envergadura y sacrificio como ésta. A ello ha coadyuvado, qué duda cabe, el espíritu de equipo y de entendimiento que lo ha animado. A la calidad humana de sus componentes, de la que doy fe, le ha seguido la ciencia, el arte y la técnica.

Por lo demás, el texto no es un agregado de las distintas partes traducidas, sino un esfuerzo sostenido durante largo tiempo para construir un todo unitario, pleno de sentido. No sería fácil registrar lo que además cada uno ha sumado de modo indisoluble al común. No me resisto, sin embargo, a destacar la iniciativa y el esfuerzo coordinador de los profesores Mariano BACIGALUPO, Francisco VELASCO y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO; la disponibilidad y dedicación de los profesores Alejandro HUERGO y Javier GARCÍA LUENGO; la concienzuda labor de

[33] Las relaciones multilaterales o multipolares entre la Administración y el ciudadano, el empresario y la opinión pública; las nuevas formas de comunicación que garantizan el contacto *permanente* o estable, y que sustituyen a la comunicación basada en encuentros o contactos esporádicos y puntuales propios de la clásica actividad administrativa de policía; el acceso y la calidad de los datos (y no sólo su protección); la opinión pública y la transparencia en el ámbito del control de la Administración, son, entre otros, algunos de los grandes temas de ese modelo que ha de ser desarrollado, por otra parte, de la mano de las ciencias de la comunicación. Cfr. SCHMIDT-AßMANN, «Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht», *op. cit.*, pp. 183-184.

[34] Nuevas estructuras de dirección y organización de carácter descentralizado e inspiradas en el modelo empresarial: una nueva arquitectura organizativa, menos jerárquica, para establecer una constante *cooperación* en forma de red entre todas las Administraciones del espacio comunitario, a nivel horizontal y vertical. Cfr. pp. 184-185. *Vid.*, asimismo, el Capítulo primero y, sobre todo, séptimo del presente libro.

[35] Sobre este extremo hay referencias a lo largo del presente libro (*vid.* el índice analítico).

[36] Para mayor abundamiento, y en lo que hace a las pautas que han enmarcado la labor de traducción, permítaseme la remisión a las consideraciones hechas sobre este tema en la «Presentación» a la obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Madrid, Tecnos, 1995. En la traducción jurídica, acaso la más compleja y sensible de las traducciones científicas, lo de menos —y valga la exageración— es el conocimiento o el manejo de la lengua.

[37] En 1982 escribiría su obra *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, antesala del libro que ahora se traduce, publicado en 1998.

los profesores Germán VALENCIA y Ricardo GARCÍA MACHO; la aportación específica de la profesora Blanca RUIZ RODRÍGUEZ.

Ha supuesto una experiencia gratificante, como también lo ha sido el debate con el profesor E. SCHMIDT-AßMANN, y no ya sólo acerca del sentido de algunos expresiones del libro para su más fiel traducción, sino en particular en torno a las cuestiones más palpitantes que surcan estas páginas. Acaso lo que ahora urja sea responder, también en equipo, al desafío de recorrer esos caminos que la obra abre.

La nómina de agradecimientos para la edición española es dilatada, aunque no corresponda a la presentación de la traducción que aquí se hace su desglose. Baste ahora por nuestra parte destacar que al profesor A. LÓPEZ PINA —siempre atento a los filones de pensamiento donde se atesoran materiales de enorme riqueza— se le debe el impulso inicial y el constante y entusiasta desvelo por que la fértil idea de traducir este extenso trabajo viera la luz. La ilusión de un proyecto de esta naturaleza no habría sido posible, no ya sin la inestimable colaboración del INAP y de la editorial que nos acoge (y en la que no en vano se encuentra el profesor Mariano BACIGALUPO, con el que la presente edición se halla en una clara deuda por más de un concepto), sino, señaladamente, si el grupo de traductores, vertebrado en torno a este sugestivo proyecto de trabajo en común, no hubiera sabido poner a su servicio lo mejor de sí mismos. A ellos, a todos, cabe expresar la mayor gratitud y reconocimiento científicos.

Universidad de Heidelberg, agosto de 2002.

Javier BARNÉS

CAPÍTULO PRIMERO

SISTEMA Y SISTEMATIZACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO *

1. La Parte general del Derecho administrativo, su Teoría general, constituye algo más que una disciplina académica capaz de poner en relación o de dar cierta unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, tales como las categorías y formas jurídicas **, el procedimiento, la organización y la responsabilidad administrativas. Es una *idea ordenadora* ***, sobre la que luego se abundará, y cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema [1]. Ello exige y presupone un vigoroso y penetrante pensamiento racionalizador y analítico, susceptible de elevarse hacia categorías más generales [2]. La clave de bóveda de esa "idea orde-

---

* El presente Capítulo ha sido traducido por Javier Barnés, en los núms. 1 a 51; José María Rodríguez de Santiago, los núms. 52-60, y Javier García Luengo, los núms. 61-67.

** *N. del T.*: En expresión característica de las dogmática alemana, las formas jurídicas son, entre otras, la ley, el acto administrativo, el plan, etc.

*** *Ordnungsidee,* literalmente "idea ordenadora" o "idea ordinamental". Con esta expresión alude el autor a una teoría, principio o pensamiento sistematizador.

Sobre la relación entre sistema (o sistemática) y dogmática, en el pensamiento del autor, véase *infra* la nota 14 del presente Capítulo.

[1] Las primeras reflexiones sobre este tema fueron publicadas en mi trabajo *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System.* Las páginas que siguen pretenden ahondar en la materia.

[2] Cfr. KRÜGER, *Staatslehre*, pp. 296 ss., 306 y 307. Así, a título de ejemplo, y por lo que hace a la generalidad de la ley, afirma: «De ahí se sigue que la cuestión de la "generalidad" como proceso intelectual también ha de conceptualizarse y ponerse en conexión con el problema

nadora" consiste en la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que presentan cada uno de los sectores del Derecho administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones singulares hacia principios generales del Derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca. Desde el punto de vista metodológico, tal idea ordenadora tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o postulado sistemático.

"Sistema" y "pensamiento sistemático" son, desde luego, expresiones bien conocidas en la Ciencia del Derecho[3]. Sus raíces o presupuestos se encuentran en las nociones de orden y de unidad, las cuales, a su vez, no son sino una consecuencia de la «tendencia generalizadora que posee la justicia» *[4]. Con todo, el pensamiento sistemático de la Ciencia del Derecho no ha de estar atado a una escala rígida de valores, ni ha de convertirse tampoco en algo estático. Por el contrario, sus afirmaciones o teorías se encuentran condicionadas o dependen del progreso del conocimiento y de la pervivencia de los presupuestos o postulados sobre los que se asienta **[5]. En ese contexto, la perspectiva o visión sistemática ofrece una acertada visión de conjunto; aporta las claves para una más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno. La tesis central de esta obra se puede condensar en las siguientes palabras: sólo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. De este modo, la ciencia del Derecho administrativo podrá aportar una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza,

de la licitud de la ley. Una ley es general (y, por ello, legítima) cuando es capaz de superar la prueba y demostrar su capacidad de abstracción».

[3] HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, en particular pp. 139 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 437 ss.

* *N. del T.:* La justicia se orienta al caso concreto. Ahora bien, y a ello quiere aludir el autor, junto a esa orientación, hay también una tendencia contrapuesta, en cuya virtud la justicia aspira a la igualdad, a la regularidad y a la previsiblidad. En tal sentido, esta tendencia "generalizadora" conduce al pensamiento sistemático.

[4] CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff*, señaladamente, pp. 12 ss., 40 ss. y 155. Sobre la noción de un "sistema de la ciencia" como idea reguladora frente a las "particularidades" de cada disciplina singular, cfr. MITTELSTRAß en FRÜHWALD, entre otros, *Geisteswissenschaften heute*, pp. 15 y 22 ss.

** *N. del T.:* Esto es, las conclusiones de la dogmática se hallan abiertas a la evolución del conocimiento y a la consecución de resultados cada vez más depurados, al tiempo que se consideran vigentes mientras se mantengan los parámetros o fundamentos de base sobre los que se sustentan.

[5] LARENZ, *Methodenlehre*, p. 487; en sentido análogo, CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff*, p. 106.

credibilidad y aceptación de la Administración pública y de su quehacer[6]. Resulta inexcusable construir el Derecho administrativo en clave científica, pues únicamente si se concibe como una ciencia sistemática podrán darse respuesta a los graves retos que el panorama actual suscita; afrontar las oportunidades y peligros que lleva aparejado el progreso técnico y científico; inducir las nuevas formas de interacción y de reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad que derivan de la privatización; resolver los problemas que entraña el recorte de los recursos financieros; o entender la europeización del Derecho, de la economía y de los procesos sociales. Con ello no hacemos sino aludir a importantes cometidos que tiene ante sí la ciencia del Derecho administrativo. La sistematización es algo que viene dado y algo que ha de hacerse[7]. Entendida como idea ordenadora, la Parte general del Derecho administrativo no pretende erigirse en canon de las instituciones y reglas jurídicas tradicionales, sino más bien en una tarea y en el lugar de la reflexión constante y de la *construcción sistemática*.

A. EL PENSAMIENTO SISTEMÁTICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

2. Desde el punto de vista histórico, el Derecho administrativo debe su autonomía y singularidad, e incluso el hecho de haberse convertido en una de las grandes áreas del saber jurídico, precisamente a su desarrollo y construcción científica y sistemática. El propio Friedrich Franz VON MAYER ya ensayó esa sistematización en torno a los principios generales en su obra *Grundsätze des Verwaltungsrechts* *, publicada en 1862[8]. Igualmente, Otto MAYER destacaría la conexión entre el pensamiento sistemático y el avance de la investigación científica: «se nos han presentado valiosas y abundantes investigaciones sobre cuestiones específicas o particulares. Sin embargo, la ciencia del Derecho administrativo debiera aspirar, de la mano del desarrollo sistemático, a situarse al mismo nivel y a adquirir la misma alcurnia que las disciplinas hermanas de mayor solera»[9].

[6] En sentido análogo, cfr. WINKLER, en *FG Antoniolli*, pp. 3 ss.; SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 183 ss.; VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 26 ss.

[7] En tal sentido, CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff*, p. 106.

* *N. del T.: Principios del Derecho Administrativo.*

[8] *Vid.* en particular pp. 46 ss., donde pone de relieve el papel de la Constitución como «canon general y como límite del margen de maniobra del que pueden disfrutar la aprobación, interpretación y aplicación de normas administrativas especiales». Sobre el sentido y la importancia de este autor como pionero en la construcción sistemática del Derecho administrativo, *vid.* ISHIKAWA, *F. F. von Mayer*, señaladamente, pp. 121 ss. 176 ss.

[9] O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, vol. 1, p. 20; en sentido análogo, y como ejemplo de la autonomía del Derecho administrativo y la distinción entre el Derecho público y el privado, FLEINER, *Institutionen*, pp. 45 ss. Para una exposición detallada acerca de la formación del Derecho administrativo, *vid.* STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, pp. 229 ss. y 381 ss.;

La dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución. Así, en primer lugar, es de destacar que la Administración se halla sujeta a tres principios o clases de vinculación: la sujeción a los derechos fundamentales a que se refiere el art. 1.III GG; el sometimiento a la ley y al Derecho que luce en el art. 20.II GG, y la vinculación a la garantía de la tutela judicial (art. 19.IV GG *). Esa tríada de principios vinculantes impregna y despliega su eficacia sobre toda la amplia gama de acciones administrativas, pues aun cuando no delimite por igual el entero ámbito del "poder ejecutivo", sin embargo, alcanza con sus efectos no sólo al núcleo de la acción administrativa de las entidades u organizaciones jurídico-públicas, sino que se extiende también a amplios sectores de la acción y de la organización privada de la Administración, con las que hacen frontera, en constante movimiento, tanto actividades públicas como privadas, y en donde se separan al tiempo que entrecruzan las esferas social y estatal. La Administración no se deja encerrar o expresar en una "fórmula unívoca" [10], como tampoco separar de una vez por todas de su entorno. Y ello es así no sólo cuando se trata de distinguir o de aislar la función administrativa de las restantes funciones del Estado, de los demás poderes públicos, sino también, y sobre todo, en el plano de la cooperación entre el Estado y la sociedad. Cualquier tratamiento o enfoque científico ha de recorrer en consecuencia el camino de la descripción, de la comparación y de la tipificación. A través del análisis de los respectivos sectores especiales habrá que observar las líneas de evolución y los cambios que experimentan las competencias y las funciones que en cada tiempo se le encomiendan a la Administración; sus ámbitos de actuación y las estructuras organizativas de que se sirve, y poner todas estos aspectos en relación con las finalidades y los objetivos normativizadores que subyacen a las garantías constitucionales. A este propósito, habrán de utilizarse los conocimientos que aportan las ciencias auxiliares, como hoy pone de manifiesto el debate sobre el tema de la dirección o del gobierno en el ámbito de las ciencias sociales (*vid.* 1/35-44) [11]. La evolución histórica que ha experimentado la interpretación de los precitados principios vinculantes simboliza, de forma sintética y en términos constitucionales, ese modo de proceder, esto es, acredita que se ha sabido dar respuesta a esos interrogantes, a la cuestión de cómo ha de satisfacerse en cada caso ese cometido *. A partir de esos postulados, o con ese *background* de fondo, no se trata tampoco de delimitar rígidamente y de una vez por todas el ámbito o esfera de vigencia y aplicación del Derecho administrativo, sino más bien de elaborar una dogmática cuya consistencia y solidez derive de una constante revisión de las categorías y de los valores en presencia y que por ello sea capaz de poner de relieve los nuevos valores emergentes, su interacción, las contradicciones y sus crisis.

MEYER-HESERMANN, *Methodenwandel*, pp. 15 ss. En particular, sobre la aportación de Otto MAYER, HEYEN, *Otto Mayer*, pp. 181 ss.; HUEBER, *Otto Mayer*, pp. 155 ss. Y en lo que hace al pensamiento administrativo americano, más recientemente, LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*.

* *N. del T.:* El art. 1.III dice así: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable».

El art. 20.II dispone que «todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial».

El art. 19.IV garantiza que «toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial».

[10] FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, pp. 1 y 2. También se muestran críticos con las definiciones demasiado amplias o extensivas, EHLERS, en ERICHSEN, *Verwaltungsrecht*, § 1, núms. margs. 5 y ss.; MAURER, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 8; FABER, *Verwaltungsrecht*, § 3.III. Con acierto, se opta por describir las funciones, competencias y técnicas más típicas o comunes. Incluso cuando las definiciones combinan varios aspectos [WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, § 2, núms. margs. 2 y ss. y 12; más recientemente, ROELLECKE, *DV*, 1996, p. 1 (9)] se trata más bien de una tipificación que de criterios rígidos y unívocos.

I. La misión del pensamiento sistemático en el Derecho administrativo

3. La doctrina científica que se ha ocupado del método jurídico ha venido extrayendo y subrayando tanto las virtualidades como los límites que posee el pensamiento sistemático, señaladamente con ocasión del debate sobre el concepto "externo" o "interno" de los sistemas [12]. A la perspectiva sistemática le cumple satisfacer en el Derecho administrativo tres funciones jurídicas fundamentales: práctica, dogmática y política [13], a las que cabe añadir, a resultas de la europeización del Derecho, una función que podríamos calificar de "receptora".

[11] En sentido análogo, PITSCHAS, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 219 (224 y 225).

* *N. del T.:* Los preceptos constitucionales que regulan la vinculación de la Administración son los ya citados arts. 1.III, 19.IV y 20.III. Pues bien, con el paso del tiempo han sabido dar respuesta a los nuevos retos, a las nuevas manifestaciones del poder público. Piénsese, por ejemplo, en el art. 19.IV GG, de acuerdo con el cual, todos tienen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando puedan verse afectados los derechos e intereses frente al poder público. Al principio, sólo se entendía por poder público, a los efectos de ese precepto, el poder dotado de *imperium*, sujeto al Derecho público; luego se admitiría que también comprende aquellas actividades de la Administración sujetas al Derecho privado; para, finalmente, encontrarnos ante el debate actual en el que se discute si también podrían incluirse dentro del concepto de "poder público" que sostiene el citado precepto las actividades económicas o empresariales que patrocina o impulsa la Administración a través de las técnicas propias del Derecho privado.

[12] HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenzen*, en particular pp. 139 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 437 ss. y 474 ss.; con un marcado carácter restrictivo, PEINE, *Das Recht als System*, *pass.*

[13] En sentido análogo, SCHULZE-FIELITZ, *DV*, 1994, p. 277 (292 ss.); véanse asimismo las importantes reflexiones de BACHOF, *VVDStRL*, vol. 30, pp. 193 ss., y en especial pp. 224 y 225; y de BROHM, *ibidem*, pp. 245 ss., en especial pp. 246 ss.; más recientemente, RASCHAUER, *Verwaltungsrecht*, núms. margs. 1 y 2.

1. *La función de auxilio para la práctica judicial y administrativa* *

4. La teoría general del Derecho administrativo constituye una valiosa ayuda para la práctica cotidiana de la Administración y de los tribunales contencioso-administrativos, puesto que les descarga de trabajo, en la medida en que actúa como *almacén* o *depósito*, o, si se prefiere, como una suerte de *memoria* **. Téngase en cuenta, en efecto, que tanto la Administración como los tribunales se enfrentan con frecuencia a multitud de cuestiones o asuntos que en última instancia cuentan con un igual o análogo fundamento. Es claro en ese sentido que la Parte general hace posible que puedan dictarse resoluciones en forma abstracta, o declaraciones estandarizadas. Así, y a título de ejemplo, no se podrían organizar o dominar bien la inmensa cantidad de cuestiones y procedimientos relacionados con los impuestos o las pensiones, si no fuera con referencia o con apoyo en un sistema. Pero lo mismo puede decirse de aquellos casos que, por el contrario, presentan una notable novedad o una marcada singularidad: adquieren un perfil más ajustado a los requerimientos del Estado de Derecho si se insertan en el marco de un todo o conjunto coherente. En ese sentido, las técnicas jurídicas formales de que se sirve la acción administrativa desempeñan un importante papel (*vid.* 6/33-38) ***. Los asuntos resultarán reconducibles a los conceptos clave que integran el sistema. Y, de este modo, entra en escena la capacidad de almacenamiento que posee la teoría general, en la medida en que permite relacionar y situar en su debido contexto cada uno de los supuestos. Así, por ejemplo, por el mero hecho de calificar una medida como acto administrativo, el sistema ofrecerá respuestas inmediatas a otras muchas cuestiones, como las relativas a la conformidad o no del acto con el procedimiento administrativo establecido o su impugnación o tratamiento procesal. Y aun cuando el tema no resultara reconducible hacia alguno de estos conceptos básicos, no por ello el sistema dejaría de constituir un instrumento de suma utilidad, puesto que, cuando menos, facilitará la comparación con otras instituciones o técnicas análogas, y permitirá catalogar el problema por contraste o "interpolación" con otros supuestos, en un marco o contexto más rico. También el legislador, por su parte, se sirve de esa función de carácter práctico

* *N. del T.*: El autor utiliza aquí el término *Entlastung*, término descriptivo y muy habitual en el Derecho administrativo alemán, con el que se quiere aludir a la idea de "descongestión", "descarga" (de trabajo) a la Administración y a los jueces, gracias, en lo que ahora importa, a la contribución y ayuda que proporciona el Derecho administrativo como sistema.

** *N. del T.*: El autor utiliza tan sólo el término *Speicher* (escrito en cursiva), que hemos preferido traducir en las tres expresiones más comunes que aquí pueden encajar, a fin de que su reflexión resulte más ilustrativa.

*** *N. del T.*: Como se desprende de la exposición a la que el autor se remite, con tal expresión (lit., «formas jurídicas») se hace referencia a categorías como el acto administrativo el contrato, el reglamento, etc.

o auxiliar que aporta el Derecho administrativo como sistema. Nótese, en efecto, que la ley se ve aligerada de contenido en la justa medida en que incorpora esos conceptos fundamentales que ha elaborado la dogmática y anuda a ellos consecuencias jurídicas (consecuencias sistemáticas). En tal sentido, el § 9 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) constituye un ejemplo elocuente *.

2. *La función dogmática*

5. La función dogmática consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan [14]. Con la ayuda de los consabidos conceptos e instituciones jurídicas de la Parte general se interpretan y entienden las normas de la Parte especial [15]. Y a la inversa: los conceptos y las categorías de la teoría general habrán de someterse a una constante revisión a resultas de la continua evolución que los sectores especiales del Derecho administrativo experimentan. En consecuencia, la dogmática supone a un tiempo la *utilización del sistema establecido*, de un lado, y su *construcción* y revisión, de otro. De este modo, y en definitiva, el Derecho administrativo general actúa como "transformador" del Derecho constitucional [16]. La Constitución, en efecto, no habría podido polinizar la acción administrativa cotidiana de una forma tan coherente y sistemática si la Parte general del Derecho administrativo no hubiera constituido un adecuado instrumento de recepción y transmisión.

6. Tanto la jurisprudencia como la doctrina deben hacer abstracción del caso concreto para avanzar en la construcción del Derecho.

* El citado precepto dice así:
«§ 9. Concepto de procedimiento administrativo
El procedimiento administrativo a los efectos de esta Ley tiene por objeto la actividad de las autoridades administrativas con eficacia externa; el examen de los requisitos, la preparación y la aprobación de los actos administrativos; y la celebración de los contratos administrativos; comprende la aprobación del acto administrativo o la celebración del contrato administrativo».

[14] *Sistemática* y *dogmática* son términos jurídicos bien conocidos y emparentados en el lenguaje de la ciencia del Derecho. En las páginas que siguen calificamos de dogmático el pensamiento que tiene por objeto la doctrina o los axiomas deducidos o desarrollados normativamente. Y aun cuando ello sea lo ordinario no tiene por qué existir siempre una operación sistemática. La sistematización hace referencia a una cualidad singular del pensamiento dogmático que consiste justamente en la pretensión de mostrar, con respecto a las grandes sectores normativos, sus analogías y compatibilidades, sus interacciones o relaciones y sus fundamento y estructura.

[15] Sobre el tema, HAVERKATE, *Normtext - Begriff - Telos*, pp. 27 ss. y 46 (con el término «argumentación orientada a la elaboración de conceptos» se hace referencia en esa obra a aquella argumentación que tiene su punto de partida en conceptos jurídicos generales).

[16] En tal sentido, WAHL, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 177 (212).

Ambas asumen y cumplen esa misión, aunque cada una lo haga desde una perspectiva diferente. La jurisprudencia, por su parte, se sirve del pensamiento sistemático, con carácter instrumental básicamente, al objeto de interpretar y resolver cada uno de los supuestos de hecho que la ley sectorial contenga; e induce o apunta desde el caso concreto toda una suerte de problemas específicos, que ulteriormente podrán elevarse a teoría general. La doctrina, en cambio, atiende esa función dogmática señaladamente mediante la proposición de teorías. A este propósito, las principales fuentes de conocimiento son los principios generales del Derecho, inducidos a partir del contraste y de la comparación de normas e instituciones jurídicas; el Derecho constitucional; los criterios de experiencia; las reglas de la lógica o los criterios de razonabilidad, extraídos de la práctica. Desde época reciente viene adquiriendo mayor importancia el Derecho comparado [17].

3. *La función política*

7. El Derecho administrativo general constituye, en tercer lugar, un instrumento al servicio de la política legislativa. El contraste o comparación de normas e instituciones jurídicas entre sí, de un lado, y el análisis de las soluciones existentes en sectores próximos o análogos, de otro, pondrán de manifiesto las contradicciones en que puedan incurrir los valores que subyacen a cada una de ellas, así como los puntos que están necesitados de un mejor tratamiento, en el seno de cada uno de los sectores del ordenamiento o en el plano de las relaciones que éstos guardan entre sí [18], permitiendo así un razonable progreso del Derecho. Al fin y al cabo, los sistemas tienden a la búsqueda de la precisión y de la efectividad. Nótese, en efecto, que los nuevos postulados normativos podrán ser contemplados y seleccionados a la luz de las teorías generales y de las tendencias y corrientes generales, de modo que no se vean neutralizados recíprocamente. En ese sentido, la ciencia del Derecho Administrativo de nuestro tiempo, el sistema, en suma, tiene ante sí el importante reto de contrarrestar el activismo del legislador, de dotar de unidad y coherencia a la constante actividad legislativa, expresada tantas veces en una multiplicidad de reglas o criterios particulares y en normas de detalle. En este plano, el pensamiento sistemático opera, pues, más como foro que como canon. Aporta, en efecto, un hondo acervo argumental y evita el peligro de una potencial y progresiva divergencia o desintegración jurisprudencial y legislativa. La sistematización del Derecho administrativo general, por lo demás, no es sinónimo de codificación; su sistematicidad no implica sin más una llamada a la codificación. Antes al contrario, a

[17] Cfr. HÄBERLE, *JZ*, 1989, pp. 913 ss.
[18] Cfr. HAVERKATE, *Normtext - Begriff - Telos*, pp. 29 y 30.

nuestro juicio, la función de la teoría general del Derecho administrativo consiste fundamentalmente no sólo en saber insertar los nuevos fenómenos y las normas especiales en un ámbito o sector administrativo claramente definido, sino también en ofrecer un contexto analítico y un adecuado campo de observación que permita comprender la interacción y la evolución constantes entre el Estado y la sociedad, sus nuevas competencias y la redefinición de sus respectivas responsabilidades.

4. *La recepción del Derecho europeo*

8. La cuarta función que cumple el sistema guarda relación con la *europeización* del Derecho administrativo. Se trata de una función que podríamos calificar de "receptora" en cuanto que vertebra y articula la necesaria recepción del Derecho europeo. Piénsese, en efecto, que la armonización de los ordenamientos nacionales a la que urge el Derecho comunitario (*vid.* 1/50-67) a duras penas podría conseguirse si no es con una perspectiva sistemática. El análisis comparado de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no podría limitarse, desde luego, a la expresión o apariencia externa de una concreta institución o categoría legal, puesto que cada institución posee un significado y sentido distintos en el seno de cada ordenamiento, que sólo se puede extraer desde una aproximación sistemática. Así, por ejemplo, para apreciar si una concreta técnica de control medioambiental satisface las exigencias del Derecho comunitario (*vid.* 7/20) será necesario ponerla en su adecuado contexto y en relación con otras instituciones o instrumentos próximos, tales como las técnicas de ejecución del acto administrativo, la responsabilidad patrimonial de la Administración o la tutela cautelar. Éste es el único camino para obtener una conclusión fiable. Si se quiere aprehender, por tanto, el contorno o los límites de una institución jurídica en el seno de su respectivo ordenamiento habrá de procederse a un profundo análisis comparado de los fundamentos o raíces de los que se nutre, con la ayuda inexcusable del pensamiento sistemático. Ello entraña la necesidad de reconducir las normas singulares y especiales hacia tendencias y matrices conceptuales comunes y más amplias. La aproximación y la recepción jurídicas podrán hacerse realidad en el ámbito europeo si se procede a una comparación sistemática de las funciones y estructuras en las que cada institución o técnica se inscribe. Este contraste sirve a un tiempo de base para una nueva cooperación entre los Estados miembros y el Derecho comunitario en pro de una mayor *coherencia* del Derecho que resulte comprensiva de todos los niveles [19]: se trata, pues, del Dere-

[19] Cfr. STJCE, *Rec.*, 1991, p. 415 (541 y 542), y su demanda de una mayor coherencia de la tutela judicial.

cho administrativo europeo entendido como función de una común construcción sistemática (*vid.* 7/46-52).

II. Derecho administrativo general y especial

9. El pensamiento sistemático se nutre y descansa sobre la idea de la separación de la Parte general y de la Parte especial. Algo análogo sucede en los distintos ordenamiento nacionales. De ahí que cuando se habla de *administrative law* o de *droit administratif* se hace referencia en realidad a las respectivas Partes o Teorías generales del Derecho administrativo [20], mientras que cuando se quiere aludir a la Parte especial se designa el sector correspondiente (Derecho urbanístico, Derecho del medio ambiente o Derecho fiscal, por ejemplo). Si se pretendiera encerrar en un marco conceptual unitario la Parte general y especial del Derecho administrativo alemán, habría que subrayar la *recíproca interacción e interrelación* de ambas esferas. Ello significa, en suma, que no estamos ante una mera división o una fría separación de materias, sino, por el contrario, ante la manifestación de un complejo entramado interno.

1. *La ordenación de los intereses especiales*

10. Que los distintos sectores singulares del Derecho administrativo especial tengan como referente a la Parte general, esto es, que se reconduzcan a la teoría general de la disciplina, significa e implica la racionalización y la sujeción de aquellos intereses especiales susceptibles de erigirse en el centro de las Administraciones y organizaciones instrumentales de carácter sectorial. Ha de notarse, en efecto, que la inusitada complejidad del Estado moderno entraña el creciente riesgo de atomización de su poder, al verse condicionado por intereses sectoriales y «especiales afectaciones, dotadas de un difuso poder de ejecución» *. El sistema del Derecho administrativo podrá contrarrestar esta inercia induciendo la necesidad de su justificación, oponiendo un verdadero deber o *mandato* que obligue a legitimar la especialidad: y así los estándares de un determinado sector especial que sean desconocidos en otros sectores análogos o próximos sólo podrán resultar exigibles legítimamente, bien cuando sean trasladables a otros ámbitos especiales por servir también allí como reglas generales, o bien cuando en verdad pueda sostenerse que se trata de particularidades del sector en cuestión legalmente reconocidas, con carácter estable y duradero [21].

11. De otro lado, la teoría general resulta igualmente de suma importancia para el personal al servicio de la Administración pública, por cuanto proporciona y garantiza una comprensión unitaria del quehacer administrativo. Genera, pues, un efecto pedagógico o educativo para la función pública y la ética administrativa, con mayor razón cuando la estructura piramidal y jerárquica de la Administración pretende sustituirse por una red de unidades autónomas [22]. En tal caso, «los principios generales del Derecho sabrán darle la necesaria coherencia» [23]. Si la moderna Administración, como signo de los tiempos actuales, está abocada a abrirse más a la opinión pública y al entorno social que la circunda y comienza a erigirse en una "Administración cooperativa" *, para ejercer sus competencias en unión con los grupos sociales (*vid.* 1/45-49), es evidente que los administradores habrán de adquirir una más clara conciencia de que forman parte de un poder ejecutivo vinculado a la satisfacción del interés general, a unos principios o parámetros generales que les sirvan de contrapeso y guía frente a la visión fragmentada o parcial o a la inadecuada identificación de los fines que han de presidir la acción administrativa.

2. *El sentido de los "ámbitos de referencia"*

12. La recíproca interacción que, en el seno de la ciencia del Derecho administrativo, se produce entre la Parte general y la Parte especial garantiza al mismo tiempo que los principios, técnicas y teorías generales sepan adaptarse a la constante evolución del Derecho. El Derecho administrativo especial, con sus normas sectoriales, contiene modelos y soluciones para los conflictos y constelaciones de intereses que se hallan en juego en cada caso. Piénsese que los déficits o problemas que puedan surgir en un determinado sector podrán solventarse con los medios e instrumentos que ya han adquirido solera y han mostrado su eficacia en otros campos. De este modo, los distintos sectores que integran el Derecho administrativo especial constituyen una suerte de *almacén* de remedios y soluciones al tiempo que actúan como *espejo* que refleja las necesidades del ordenamiento en cada momento his-

[20] WADE y FORSYTH, *Administrative Law*, p. 5: «Administrative Law may be said to be the body of general principles which govern the exercise of powers and dutis by public authorities».

* *N. del T.*: En otras palabras: el Estado moderno corre el riesgo, como consecuencia de su creciente complejidad, de verse fracturado en compartimientos que vendrían dados por los distintos ámbitos de intervención estatal dominados por el interés sectorial y la "particular afectación" de que se trate en cada caso.

[21] En sentido análogo, BROHM, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, p. 225.

[22] *Vid.* DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, en particular, pp. 211 ss.

[23] FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, p. 55, para quien, desde una perspectiva crítica acerca de la pérdida de unidad de la Administración, la Parte general del Derecho administrativo cumple en este sentido una importante función.

* *N. del T.*: O bien, Administración cooperadora o colaboradora. Con ello se hace referencia a la búsqueda del consenso y de la adhesión; a la actuación conjunta entre la Administración y el ciudadano, como dos socios que se necesitan. Sobre el alcance y sentido de la expresión, *vid. infra* el núm. marg. 45 del presente Capítulo y la nota del traductor al inicio de ese epígrafe.

tórico. El sistema del Derecho administrativo siempre se ha construido a través de un doble proceso deductivo e inductivo [24]. Pero en ocasiones ha quedado al margen del influjo de la práctica, de los materiales que para la intuición y el aprendizaje ésta proporciona. Sin embargo, ninguna duda cabe acerca de la eficacia que ésta despliega de cara a la construcción sistemática. Resulta fácil apreciar esta inercia, a título de ejemplo, en el terreno del medio ambiente [25] *.

13. Tales consideraciones remiten a una cuestión capital para el Derecho administrativo general: la adecuada selección de sus *ámbitos de referencia*. Con este término aludimos a aquellos sectores del Derecho administrativo especial que proporcionan todo un conjunto de materiales y modelos, de casos singulares y de ejemplos, de particular utilidad para la inducción y la construcción de la teoría general. De ahí que salte a la vista la trascendencia que para el entero sistema del Derecho administrativo tiene una acertada elección de los sectores de referencia: una parte de la teoría general se induce del contraste y comparación de supuestos concretos y de la generalización de determinados modelos normativos circunscritos a sectores específicos. Pero también aquellas partes de la teoría general que se extraen u obtienen a través de un proceso deductivo podrán, a su vez, no ya entenderse con mayor profundidad, sino incluso someterse a prueba, precisamente en el terreno de los sectores especiales del Derecho administrativo. Los ámbitos o sectores de referencia de la Parte especial del Derecho administrativo poseen la virtualidad de enriquecer la Parte general con su importante aportación, cual es la de poner el acento en los fines y funciones que persigue la acción administrativa en cada caso, dimensión ésta que ha sido reiteradamente reivindicada por contraposición a un modelo o sistema de pensamiento basado en conceptos generales [26]. De ahí que el Derecho administrativo general no sea tan abstracto ni se halle tan falto de sustancia o de orientación hacia fines materiales como se ha creído ver en ciertos casos. La cuestión es más bien si tenemos identificadas las funciones adecuadas, es decir, si nos encontramos ante aquellas funciones y finalidades de la Administración que resulten más representativas y relevantes en el momento presente

[24] Cfr. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, pp. 16 ss.; asimismo, ISHIKAWA, *F. F. von Mayer*, especialmente, pp. 177 y 178; BACHOF, *VVDStRL*, vol. 30, p. 193 (203 y 204); en sentido análogo, BROHM, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, pp. 36 ss.

[25] Para mayor abundamiento, HOFFMANN-RIEM, *AöR*, 1990, pp. 400 ss.; P. M. HUBER, *AöR*, 1989, pp. 252 ss.

* *N. del T.*: De acuerdo con el autor, el Derecho del medio ambiente suscita cuestiones nuevas para la dogmática del Derecho administrativo, en la medida en que incorpora formas de actuación novedosas (v. gr.: acuerdos y convenios, autorregulación, etc.). Ello significa que la doctrina de la causalidad que ha inspirado la actividad de policía se ha visto desbordada por principios o criterios como el de la prevención. Por otro lado, los juicios técnicos, emitidos para cada caso por organizaciones integradas por expertos, habrán de adquirir una mayor legitimidad, a la vista de la dificultad de anticiparse a la evolución de la ciencia y de la técnica.

[26] BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, pass.

para, trascendiendo los ámbitos de referencia, elevarlas a la teoría general.

14. Tradicionalmente, la doctrina del Derecho administrativo alemán ha venido entendiendo que los ámbitos de referencia de mayor importancia y calado se encuentran en el régimen local, el urbanismo, la función pública y la policía administrativa, mientras que, por el contrario, de ordinario se le ha prestado menor atención a otros sectores como el Derecho administrativo económico, el régimen jurídico de las prestaciones sociales o la empresa pública. La elección, sin duda, resulta capital y de ella dependen, entre otras cosas, el enfoque y el acotamiento de las cuestiones fundamentales de la Parte general. Al fin y al cabo, la teoría general es la sede de la sistematización o, si se prefiere, del pensamiento sistemático; de ahí que si no se le suministran materiales valiosos procedentes de determinados ámbitos de referencia, ésta quedaría empobrecida. Esa concreta selección que se ha hecho de los ámbitos de referencia explica que la forma de discurrir de la doctrina administrativista alemana se haya caracterizado por una ponderación de intereses circunscrita a espacios muy reducidos, atada a los elementos o piezas que se daban cita en los precitados sectores. También encuentra aquí su causa el hecho de que se hayan concentrado grandes esfuerzos en el estudio del acto administrativo, y su carácter unilateral y vinculante. La consecuencia de esta inadecuada selección de los ámbitos de referencia es clara: la imposibilidad de aprehender por entero la multiforme variedad y riqueza de la praxis administrativa. Quedan así fuera de la observación sectores o partes del ordenamiento jurídico que, como la investigación científica o la tecnología, merecen un tratamiento mucho más atento. Constituye por ello una alta misión de la ciencia del Derecho administrativo identificar, y cultivar, esos nuevos ámbitos de referencia (*vid.* 3/2-5) [27].

15. Cuanto se ha dicho supone al mismo tiempo enfatizar y apostar por un mayor análisis de la realidad administrativa, de la *práctica* cotidiana, puesto que ésta no sólo se halla sujeta al Derecho, sino que también lo conforma o impregna *. La enorme importancia que en el Derecho administrativo tradicional se le ha dado a la jurisprudencia ha contribuido a que en ocasiones no se haya podido contemplar la realidad en toda su integridad, esto es, la posición tan central que ha ocupado la justicia administrativa ha dificultado una visión panorámica más amplia (*vid.* 4/71-73). Tan atada se encuentra la jurisprudencia al caso concreto que no cabe sencillamente construir un sistema jurídico-administrativo sobre la base que ésta proporciona. El sistema

[27] Sobre esta temática, *vid.* SCHULZE-FIELITZ, *DV*, 1994, pp. 277 ss.; TRUTE, *DV*, 1994, pp. 301 ss.; DI FABIO, *DV*, 1994, pp. 345 ss.; del mismo autor, *Risikoentscheidungen*, pp. 4 ss.; BETHGE, *DV*, 1994, pp. 433 ss.

* *N. del T.*: La observación de la realidad determinará una mejor selección de los ámbitos de referencia.

en los que existe un amplio material jurisprudencial no se puede inducir, sin más, tomando como única referencia aquellos sectores. La perspectiva judicial deviene insuficiente para acometer un análisis científico, puesto que se circunscribe al caso singular y se detiene en el carácter vinculante que adquiere la resolución jurisdiccional. Y si bien es cierto que de esas notas (orientación al caso y fuerza vinculante) se deriva una aquilatada precisión dogmática, lo que constituye una cuestión prioritaria en la tradición del Derecho administrativo alemán, no lo es menos, sin embargo, que resulta insuficiente tal óptica para comprender fenómenos más complejos; contextos, programas y estructuras organizativas más amplias en las que hoy día se desenvuelve la acción y cooperación administrativas. Así pues, una más atenta observación de la praxis administrativa deberá constituir un adecuado contrapeso de tal perspectiva y garantizar que los criterios de la experiencia, de la práctica y de la razonabilidad adquieren el rango que les corresponde en el seno de la dogmática del Derecho administrativo.

16. La Parte general y la Parte especial del Derecho administrativo no pueden, desde luego, concebirse como dos esferas rígidamente separadas. El grado de abstracción y de generalidad de los principios y teorías, por otro lado, tampoco es igual en ambas partes de la disciplina. De ahí que se pueda debatir acerca de la clasificación o del tratamiento que se le da en los manuales a ciertas categorías, como, por ejemplo, al tema de los bienes de la Administración. Sea como fuere, la división * presentará no pocos poros y habrá de encontrarse con principios, teorías o construcciones, a modo de transición o de puente **, dotadas de un "grado de abstracción intermedio" [28]; así ocurre con el tema del tratamiento de los residuos o de las prestaciones sociales, que cuentan con partes generales propias. Lo mismo cabe decir del medio ambiente (*vid.* 3/8) —donde por cierto el Derecho comunitario se mueve en idéntica dirección—. Se trata, pues, de *dogmáticas de carácter específico y asociadas a determinados sectores,* que se hallan condicionadas, cuando no íntimamente ligadas, por los objetivos y finalidades que son propios y característicos de cada uno de los sectores especiales y que presentan además una indudable ventaja y es que ofrecen una visión panorámica más completa: a través de esas categorías intermedias o que hacen de puente, con un grado de

* *N. del T.:* Esto es, la división entre la Parte general y la Parte especial.

** *N. del T.* (*gleitende Übergänge,* en alemán): con ello, el autor hace referencia a todo un espectro de dogmas dotados de un diferente grado de abstracción, con fórmulas intermedias o de conexión, y que resultan incardinables tanto en la Parte general como en la especial.

[28] Faber (*Verwaltungsrecht,* §§ 19 y ss.) emprende el encomiable intento de construir su tratado sobre la base de esas dogmáticas parciales, en particular en lo que hace a los temas de injerencia, prestación e infraestructuras de la Administración pública. Con todo, surge el interrogante de hasta qué punto debe avanzarse en esa dirección cuando nos encontramos ante temas más amplios o supraconceptos. La legislación de procedimiento administrativo por su parte apunta ya esa cuestión.

abstracción intermedio, se lleva a cabo un fructífero e imprescindible intercambio o interacción entre la Parte general y la Parte especial del Derecho administrativo [29]. Si se pone de manifiesto que una determinada teoría general no conduce a resultados razonables o adecuados, no ya sólo en *un concreto ámbito* del Derecho administrativo especial, sino en todo un sector intermedio, tendremos entonces un indicio de que habrá que cuestionarla y someterla a revisión. Y a la inversa: las propuestas de revisión emanadas desde la Parte especial habrán de ponerse a prueba en la Parte general.

III. El significado y alcance del Derecho administrativo como sistema

17. Constituye una clásica afirmación sostener que la Constitución impregna de forma particularmente intensa el entero Derecho administrativo. Es algo que ya la doctrina del siglo XIX puso de manifiesto. Resulta elocuente el mismo título de la obra de Robert von Mohl: *La ciencia de la policía administrativa a la luz de los principios del Estado de Derecho.* Pero el influjo no se detiene en sus formas o manifestaciones externas, o respecto de los límites del poder, sino que alcanza a su mismo interior. Así, Ludwig von Rönne diría a este propósito que el «Gobierno no sólo debe ejercer el poder observando los límites y requisitos externos constitucionalmente establecidos, sino que habrá de actuar también de conformidad con el sentido y espíritu de la Constitución. De ahí que el Derecho administrativo haya de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales, tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración» [30].

1. *Dependencia, autonomía y complementariedad del Derecho administrativo*

18. Estando ya vigente la Ley Fundamental, Fritz Werner acuñaría la conocida fórmula o expresión del «Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado», para sintetizar en pocas palabras la fuerza que posee la Constitución en la decisiva modelación del Derecho administrativo [31]. Esa perspectiva le ha proporcionado a nuestra dogmática, entre otros frutos, una sólida base científica y ha hecho igualmente posible la fácil reconducción de los nuevos materiales

[29] Sobre este tema, *vid.* Wahl, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y Schuppert, *Reform des Verwaltungsrechts,* pp. 177 ss., en particular 187 ss., 210 y 211.

[30] Von Ronne, *Staatsrecht der preußischen Monarchie,* vol. 3, p. 4; cfr. F. F. Mayer, *Verwaltungsrecht,* pp. 46 y 47.

[31] Werner, *DVBl,* 1959, pp. 527 ss.

que emergían de la Parte especial hacia categorías más generales y abstractas, así como la integración de no pocas lagunas legales [32]. Ahora bien, no cabe tampoco exagerar o abusar de las expectativas y de la fiabilidad que cada uno de los preceptos constitucionales singularmente considerados es susceptible de ofrecer. La Constitución, como ha advertido con insistencia Peter LERCHE, «no constituye un Derecho tan concreto como un Derecho concentrado» [33]. Es frecuente que el grado de concreción o de complitud de la Constitución no desemboque en resultados concluyentes o definitivos, o, lo que es lo mismo, que no autorice a decir que algo responde indubitadamente al deseo del constituyente, con exclusión de otras opciones, y que, por tanto, ha sido por aquélla resuelto. Es cierto, desde luego, que no faltan preceptos constitucionales que resultan taxativos y terminantes, como, por ejemplo, los que se refieren a la competencia y a la organización. También lo es que la tutela judicial efectiva frente a la Administración pública (art. 19.IV GG) * o la vinculación a la ley y al Derecho (art. 20.III GG) ** han servido de base o fundamento de numerosos principios jurídico-administrativos, que hoy conviven o participan del rango y fiabilidad de la Constitución misma. Pero no es menos cierto, sin embargo, que con frecuencia se ha pretendido extraer de algún precepto constitucional —señaladamente, de los relativos a los derechos fundamentales— muy concretas y terminantes consecuencias jurídicas, cerrando el paso a otras opciones, siendo así que esa argumentación obedece más a consideraciones de concepción política que de carácter científico. Tales razonamientos, que se presentan a sí mismos como resultados o conclusiones impuestas por la Constitución, implican una injustificada restricción de la autonomía propia del Derecho administrativo y de su apertura al cambio. La idea del Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado puede ser, pues, malinterpretada por dos vías: de un lado, exagerando la capacidad de ordenación que tiene cada uno de los preceptos constitucionales, singularmente considerados; de otro, relativizando o diluyendo el sentido más alto y omnicomprensivo que la Constitución posee para iluminar sistemáticamente la teoría general del Derecho administrativo, entendida como un todo unitario o en sentido global ***.

[32] Cfr. ZUCK, en *FS für Sendler*, pp. 155 ss.

[33] LERCHE, *DVBl*, 1961, p. 690 (692 ss.)

* *N. del T.*: «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios...». Téngase en cuenta que la tutela judicial, en cuanto derecho fundamental, lo es sólo frente al poder público, en esencia frente a la Administración, se halle ésta revestida de un ropaje jurídico-público o de "civil". En cuanto derecho fundamental susceptible de amparo constitucional tiene, pues, un alcance inferior que nuestro art. 24.1 CE, si bien la intensidad de la protección es, en algún extremo, superior.

** *N. del T.*: «El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho».

*** *N. del T.*: De ese modo, se congelan las concretas formas de expresión del Derecho administrativo cuando se sobrevaloran afirmaciones puntuales que la Constitución contiene; y, por consecuencia, además, se empequeñece la grandeza de una Constitución y su influjo sobre el Derecho administrativo en su conjunto.

19. Con todo, la mayor virtualidad o significado que hoy posee el Derecho constitucional reside justamente en su capacidad de fortalecer e impregnar el *sistema* del Derecho administrativo, su reforma y evolución. En este sentido, el Derecho constitucional ha de operar, de un lado, como marco en cuyo seno verificar la constante revisión de los dogmas tradicionales y, de otro, como receptor de las nuevas tendencias. Los interrogantes por resolver saltan a la vista: ¿Resulta actualmente el Derecho administrativo lo suficientemente flexible como para hacer frente a las nuevas situaciones y escenarios de riesgo que la sociedad presenta? ¿Son apropiadas las categorías jurídicas de que dispone para ahormar y disciplinar razonablemente las cambiantes técnicas de dirección y de producción del Estado moderno de acuerdo con los dictados y las exigencias de la cláusula del Estado de Derecho? ¿Cómo se pueden compensar y equilibrar las distintas exigencias o requerimientos —constitucionales y europeas— de legitimidad democrática de la Administración pública? Si en los siglos precedentes el Derecho constitucional se ha hecho realidad, y se ha podido expresar también, a través de la *formación de los dogmas* del Derecho administrativo, hoy ha de satisfacer una segunda misión: la de contribuir a la *formación de un sistema* [34].

20. El retrato de la relación que guarda el Derecho constitucional con el Derecho administrativo quedaría incompleto si sólo se subrayara la fuerza o capacidad de determinación de la que el primero está investido. La relación entre uno y otro, en efecto, no se agota ahí, puesto que el Derecho administrativo también ejerce su influencia sobre la dogmática y la evolución del Derecho constitucional. Desde un punto de vista *histórico*, son numerosas las instituciones jurídico-administrativas que, habiendo nacido en la Parte especial, han sido ulteriormente incorporadas a la Constitución (el principio de proporcionalidad constituye un ejemplo paradigmático) [35] y que hoy han adquirido carta de ciudadanía como principios constitucionales. Desde la perspectiva aplicativa y de la *práctica jurídica*, el Derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional, es decir, donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación. La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitu-

[34] En tal sentido, FABER, en *FS für Ridder*, pp. 291 ss.; DREIER, en WALTER, *Adolf J. Merkl*, pp. 55 ss.; HENKE, *JZ*, 1992, pp. 541 ss.; BAUER, *DV*, 1992, pp. 301 ss.; LADEUR, *DV*, 1993, pp. 137 ss.; SCHULTZE-FIELITZ, *DV*, 1994, pp. 277 ss.; así como los trabajos de la obra de HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*; recientemente, VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 23 ss.

[35] Sobre este punto, cfr. STERN, en *FS für Lerche*, p. 165 (168).

cionales. Por último, bajo el perfil *dogmático*, el Derecho administrativo representa la base y el instrumento fundamental para la efectividad de tantas garantías constitucionales, señaladamente en el mundo de los derechos fundamentales (*vid.* 2/35-44): con base en la Constitución, en efecto, el Derecho administrativo ha de establecer los procedimientos, formas y organizaciones que resulten idóneas para su protección; los criterios de resolución de conflictos o colisión entre derechos fundamentales en las relaciones multilaterales; la determinación de sus límites, etc. Estas exigencias se hacen realidad en buena parte con la ayuda y la fuerza conformadora del Derecho administrativo.

2. *La relación fundamental del ciudadano con la Administración* *

21. La más alta misión sistematizadora que al Derecho constitucional le cabe cumplir en el plano de la construcción del Derecho administrativo reside justamente en sentar los postulados sobre la relaciones básica entre el ciudadano y la Administración. La posición subjetiva de la persona que la Constitución reconoce precede o es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre el entero ordenamiento jurídico [36]. «La garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad» [37]. La dignidad humana (art. 1 GG) ** determina, en consecuencia, la legitimidad del Estado y del Derecho a partir de los valores de la ética personal [38]. El Estado requiere una justificación, esto es, una habilitación o legitimidad específica para poder actuar, lo cual remite a un proceso y a un resultado presididos en última instancia por la racionalidad ***.

* *N. del T.:* Se trata de abordar en este epígrafe la relación jurídica más básica que guardan ciudadano y Administración o, si se prefiere, la situación del ciudadano ante la Administración desde una perspectiva constitucional.

[36] Cfr. HÄBERLE, en *HStR*, vol. 1, § 20, núms. margs. 56 y ss.

[37] Cfr. STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 58.II.6; en sentido análogo, KUNIG, en VON MÜNCH y KUNIG, *Grundgesetz*, vol. 1, art. 1, núms. margs. 3 y 29.

** *N. del T.:* «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todos los poderes públicos».

Nótese que nuestro art. 10.1 CE, aunque redactado en otros términos, soporta una igual conclusión y, en realidad, resulta aún más expresivo que su homólogo alemán: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes...»; «el libre desarrollo de la personalidad...»; «... son fundamento del orden político...».

[38] DÜRIG, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 1.I, núm. marg. 15.

*** N. del T.: En términos más literales: el Estado requiere de un título habilitante y, en cuanto proceso y resultado, debe estar anclado en la racionalidad.

a) La asimetría entre libertad y competencia

22. De acuerdo con la Constitución (GG), la posición fundamental que ocupa el individuo frente a la comunidad estatal se caracteriza por ser una *relación jurídica*. La relación jurídica, en efecto, pone en conexión o vincula a sujetos jurídicos distintos *. Pero no se trata sólo de poner en conexión, sino de dar forma jurídica a relaciones sociales preexistentes, convirtiéndolas en relaciones jurídicas [39]. De ahí que las relaciones jurídicas de carácter jurídico-administrativo constituyan una categoría fundamental y básica del sistema del Derecho administrativo (*vid.* 6/39-44). No es éste, sin embargo, un concepto que se exprese o articule a través de un modelo o directriz puramente formal, sino que, por el contrario, está dotado de una cualidad o sustancia interna, que se manifiesta en la prelación entre los sujetos jurídicos que integran esa relación.

23. En los orígenes del Derecho administrativo, esa prelación entre sujetos respondía a la idea de la *subordinación* del individuo, propia de un Estado y de una Administración cuya primacía constituía la premisa indiscutida e indiscutible. La, en cierto modo, ingenua primacía del Estado administrador será una constante, un dato previo. «De la naturaleza del ser humano se infiere, tanto desde un punto de vista histórico como lógico, que sólo existe el deber, y no el derecho, frente al Estado», diría Georg JELLINEK [40]. Y en términos similares se expresaría Otto MAYER [41]: «De este modo, el Derecho administrativo está determinado por los sujetos jurídicos cuyas relaciones ha de regular. Por una parte, el Estado, que es el que ejerce la actividad administrativa, esto es, el que administra. Y frente al Estado administrador se halla la masa de los hombres que a él están sometidos y la multitud de las corporaciones humanas y de las personas jurídicas. Todos ellos constituyen el otro sujeto de Derecho, individual o colectivamente, en función de cuál sea la forma en que aquéllos se ven afectados por la actuación estatal» **. Que esa concepción de la relación jurídico-ad-

* *N. del T.:* Es éste un concepto que presupone la existencia de sujetos y titulares de derechos, como implícitamente recuerda el autor.

[39] En tal sentido resulta sugerente GROSCHNER, *Überwachungsrechtsverhältnis*, pp. 86 ss.

[40] *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 82; cfr. asimismo GERBER, *Über öffentliche Rechte*, pp. 61 ss.

[41] *Verwaltungsrecht*, vol. 1, p. 13. *Vid.* en tal sentido la caracterización de la concepción subyacente a MAYER en SCHAPP, *Subjektives Recht*, p. 156: «El Derecho sirve a la protección de la persona; le añade algo a su círculo de facultades; mientras que lo que es el Estado deriva de sí mismo».

** *N. del T.:* Para Otto MAYER resulta relevante el hecho de que las distintas posiciones jurídicas —la que ocupa la Administración, de un lado, y la de los súbditos, de otro— se caractericen por insertarse en el marco de una relación *jurídica*. A ambos lados nos encontramos, pues, con sujetos jurídicos. Se trata, sin embargo, de posiciones que para MAYER tienen distinto

ministrativa resulta incompatible con la Constitución, pronto tendría ocasión de enfatizarlo el Tribunal Federal, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG) *, en una de sus primeras sentencias, de 26 de junio de 1954 (caso *Fürsorgepflicht*) [42]: «Una de las ideas-fuerza es la relativa a la relación del hombre con el Estado: aun cuando el individuo se halle sometido al poder público, no lo hace en calidad de súbdito sino de ciudadano».

24. ¿Significa ello que en la actualidad ha de partirse de la premisa de que el ciudadano y la Administración se hallan en una posición de igualdad, en lugar de estar presididas sus relaciones por la idea de subordinación? [43] Desde luego, la realidad administrativa nos muestra numerosos ejemplos y sectores en los que los particulares y la Administración se relacionan sobre la base de la igualdad y actúan a través de fórmulas cooperativas y de consenso (*vid.* 1/45-47). No obstante ello, la tesis o concepción de la posición igualitaria resulta estrecha y poco matizada para aprehender el entero fenómeno de las relaciones Estado-ciudadano. Los arts. 1 y 20 GG ** reconocen la primacía del individuo; pero no la posición de igualdad *con* el Estado. Una cosa es, pues, que el individuo tenga la primacía y que sea considerado como una persona con un valor e identidad propias e irrepetibles y otra, muy distinta, que la persona se halle en pie de igualdad con el Estado [44]. Es cierto que el ciudadano se halla orientado y vinculado a la comunidad [45] y que de esa relación con la comunidad surgirán necesidades —entre ellas, la necesidad de dictar normas— a las que el Estado habrá de subvenir. Pero no lo es menos, sin embargo, que la reacción o respuesta del Estado habrá de legitimarse justamente en esas necesidades y en ellas habrá de encontrar la medida.

25. La tesis de que el Estado y el individuo se hallan en pie de igualdad tampoco resulta adecuada, pues una tal concepción no constituye un modelo explicativo útil de cara a la construcción del Derecho administrativo, habida cuenta de que no da respuesta a las necesidades de actuación que pueda demandar la comunidad estatalmente constituida *. Es más, el Estado democrático de Derecho, en su composición jurídica, es *Estado*, y sus órganos se hallan investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse [46]. No cabe, en ese sentido, exclusivamente el pacto o la cooperación. No ha de olvidarse, en efecto, que el Estado está obligado a garantizar el Derecho y los derechos de sus miembros. Y ello no se alcanza generalmente mediante la igualdad y a través del consenso. Por otro lado, esa misión indeclinable de garantía no está sólo encomendada al legislador y al poder judicial, sino también, y en una alta medida, al ejecutivo. Ha de notarse, a tal propósito, que la Administración pública en buena parte se mide por su acción; por lo que logra producir y prestar. Y para ello habrá de servirse también de la coercibilidad y de las decisiones unilaterales, elementos éstos que no pueden explicarse a la luz de la igualdad. El poder normativo y el monopolio de la tutela en manos del Estado son irrenunciables, de acuerdo con el orden constitucional. Sin ellos no se podrían reparar las infracciones, las quiebras del Derecho; como tampoco cabría dar respuesta a los nuevos y grandes retos que plantean los grupos de poder, la técnica o las cuestiones internacionales. Ahora bien, en el cumplimiento de esas funciones, el Estado habrá de atenerse a las competencias constitucionalmente atribuidas y al procedimiento establecido.

26. La concepción de la igualdad entre el Estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido **. De acuerdo con la Constitución, las relaciones Estado-ciudadano, esto es, entre libertad ciudadana y competencia estatal, resultan *asimétricas* [47]. El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El Estado actúa en el ámbito de una com-

rango, puesto que el Estado y la Administración gozan de una posición de superioridad. Cualesquiera que sean las relaciones de los individuos con la Administración —de carácter bilateral o multilateral, en comunidad o asociación, etc.— los particulares no dejan de ser considerados como súbditos.

* *N. del T.*: Es el equivalente, pues, a nuestro Tribunal Supremo, Sala Tercera.

[42] *BVerwGE*, 1, 159 (161).

[43] En tal sentido, *vid.* SCHAPP, *Subjektives Recht*, p. 153; J. MARTENS, *KriV*, 1986, p. 104 (122); asimismo, PITSCHAS, *DÖV*, 1989, p. 785 (795).

** *N. del T.*: El art. 1 se refiere a la protección de la dignidad humana y a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. El art. 20, que lleva por título «Fundamentos del orden estatal; derecho de resistencia», establece que la República Federal se constituye en Estado democrático y social; que todo poder emana del pueblo; el sometimiento del legislativo al orden constitucional, y de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho; y, finalmente, que contra cualquier quiebra de este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

[44] HESSE, *Verfassungsrecht*, núm. marg. 116.

[45] *BVerfGE*, 4, 7 (15 y 16); 30, 1 (20).

* *N. del T.*: En el pensamiento del autor no es válida, pues, la doctrina que contempla al ciudadano y al Estado en pie de igualdad, por más que abunden los ámbitos en los que la cooperación y el consenso constituyen la relación fundamental.

[46] *Vid.* ISENSEE, en *HStR*, vol. 1, § 13, núms. margs. 62 y ss.; sobre la naturaleza estatal del Estado de Derecho, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN, en *HStR*, vol. 1, § 24, núm. marg. 1.

** *N. del T.*: O, lo que es lo mismo, toda acción estatal ha de estar fundada y justificada sobre una especial legitimidad; y al mismo tiempo todas las decisiones que adoptan los poderes públicos legítimamente constituidos pretenden ser válidas y eficaces. Pues bien, la tesis de la igualdad no es capaz de dar una explicación cabal a ninguna de estas dos cuestiones. Tal es la idea que subraya el autor.

[47] El concepto de asimetría en las relaciones entre los derechos del ciudadano y las obligaciones en la Constitución, en forma análoga al problema aquí planteado, ha sido elaborado por H. HOFMANN, *VVDStRL*, vol. 41, p. 42 (49 ss.); del mismo autor, *JZ*, 1992, p. 165 (169). Por lo que hace a una construcción teórica de las relaciones simétricas y asimétricas, *vid.* ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 20, núms. margs. 72 y ss.

petencia jurídicamente atribuida. Es ésta una nota distintiva que tiene carácter constitutivo a los efectos de sistematizar el Derecho administrativo [48]. Dogmas tan relevantes como la necesidad de legitimación de la acción administrativa, o los que se refieren a la observancia de los principios de racionalidad, moderación (o de justa proporción) y eficacia, entre otros, encuentran aquí su epicentro. Esta distinción, por lo demás, tiene su continuidad en el concepto de responsabilidad o *competencia administrativa* *, que no es sino una expresión de la posición fiduciaria que ocupa la Administración pública.

b) La dimensión de los derechos individuales

27. La noción o la idea de relación jurídica también remite a la dimensión individual del Derecho administrativo. Ello significa que tanto el derecho subjetivo (en su vertiente de derecho de libertad o de defensa; de derecho prestacional, y de participación democrática), como también su corolario, la tutela individual de los derechos, habrán de formar parte igualmente de aquellos elementos esenciales que han de ser tenidos en cuenta a la hora de construir y levantar el sistema del Derecho administrativo (*vid.* 2/69; 4/56-69).

28. Frente a esa dimensión o concepción se alzan no pocos obstáculos o reparos, habida cuenta de que el individuo se inserta y vincula cada vez más en complejos sistemas colectivos. Baste pensar en el marasmo de planes vinculantes, en la inabarcable panorámica de los ingresos financieros, en la globalización de las cargas medioambientales o en el fenómeno de la acumulación o convergencia de los medios de comunicación y en la mediatización que de ellos deriva, para comprender cómo estos y otros factores condicionan al ciudadano, definen su marco y lo convierten en una pequeña unidad integrada en un sistema mucho más amplio, y en el que apenas le resta autonomía. También la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, por ejemplo, se mueven en idéntica dirección. Es claro que todos esas formas de intervención o injerencia imponen sus propias reglas. Y aun admitiendo que puedan juridificarse, su regulación habrá de llevarse a cabo por medio de normas de Derecho objetivo, de reglas de organización y de procedimiento, de normas presupuestarias, o a través de acuerdos institucionales. A la vista de este estado de cosas, surge un primer interrogante: ¿es posible salvaguardar y conservar la

[48] Cfr. HORN, *DV*, 1993, p. 545 (555 y 556).

* *N. del T.*: El término alemán utilizado por el autor es *Verwaltungsverantwortung*, esto es, "responsabilidad" de la Administración (no en el sentido de la institución indemnizatoria). Con ello se alude a la competencia o función encomendada o atribuida a la Administración. Sobre el concepto de *Verantwortung* o responsabilidad en SCHMIDT-ASSMANN, *vid. supra* la *Presentación*.

dimensión de los derechos individuales, la perspectiva individual del Derecho administrativo?

29. Habrá ocasión de poner de manifiesto que la actual dogmática del Derecho administrativo no da acabada respuesta a esas necesidades, esto es, que no es capaz de aprehender por entero las nuevas amenazas o peligros de carácter estructural que emergen en la actualidad (*vid.* 3/43-44). Ahora, sin embargo, no se trata de abordar el problema en toda su hondura. Lo que interesa aquí no es sino subrayar que la dimensión individual constituye siempre el *punto de partida* y el *objetivo final* de toda reflexión en el ámbito del Derecho administrativo. Ello no impide, sin embargo, incorporar al sistema del Derecho administrativo otras normas objetivas, en particular aquellas que resultan comprensivas de la dimensión institucional, como acreditan el propio Derecho comunitario y otros ordenamientos nacionales en el contexto europeo, que se mueven en idéntica dirección (*vid.* 1/58-60). El pensamiento jurídico-administrativo no pueden detenerse, desde luego, en la dimensión individual o en las decisiones administrativas singulares o de escasa incidencia, sino que ha de ir decididamente mucho más allá, para hacer suyos, con una mayor amplitud y profundidad, los fenómenos administrativos de media y superior escala o, dicho de otro modo, para incorporar la fase de nacimiento del derecho subjetivo y los importantes procesos informativos que en tal sentido se generan. Se trata de ámbitos o sectores en los que el Derecho se hace presente como *Derecho objetivo y capaz de impregnar las estructuras*, y no a través de una acabada posición jurídica individual (*vid.* 2/71-75). Con todo, también esa vertiente institucional se halla presidida en última instancia por una finalidad individual que todo lo trasciende, puesto que no ha de conducir al establecimiento de un simple sistema objetivo desconectado e independiente, ni menos aún a un socavamiento de la posición jurídica individual.

3. *La doble función del Derecho administrativo*

30. Si la relación del individuo con el Estado es en toda su extensión una relación de carácter jurídico resulta claro entonces que el Derecho administrativo no podrá limitarse a unas reglas puntuales y concretas. Si cualquier actuación del Estado se halla necesitada de una justificación o de un título legitimante, al Derecho administrativo no le bastará con ocuparse del estudio de las acciones administrativas singulares propias de ciertas relaciones marcadas por la idea de defensa o de protección. De ahí que el Derecho administrativo no se pueda circunscribir al estudio de las clásicas relaciones de intervención o injerencia o a las de carácter prestacional, sino que habrá de ocuparse igualmente de todo lo relativo a la organización administrativa; de las cuestiones que se refieren a la obtención de información administrativa

y a los procesos de toma de decisiones. El Derecho administrativo no se reduce, pues, a la perspectiva que proporciona la tutela judicial, sino que habrá de tener en cuenta también aquellos sectores a los que la sonda del control judicial no llega. No se trata sólo, por tanto, de racionalizar o limitar la acción administrativa desde el exterior, sino que es preciso ahormarla desde dentro, de acuerdo con los patrones del principio democrático y del Estado de Derecho. De la misma manera que la Constitución aspira a la juridificación del Estado en su globalidad, así habrá de operar el Derecho administrativo con la Administración pública, impregnando todas sus relaciones externas e internas, tanto en aquellos contactos puntuales o esporádicos con el ciudadano como en las relaciones sistemáticas y de mayor calado y extensión. No quiere decirse con ello que lo "exterior" o lo "interior" deban disolverse necesariamente en una misma cosa, pues cada una de esas esferas puede tener sus propias leyes, unas peculiares inercias o necesidades y, en suma, explicarse a través de dogmáticas también distintas. Ahora bien, la esfera y los procesos "internos" se hallan en la base misma, constituyen un importante fundamento para el entendimiento y la ordenación de cada una de las actividades con efectos hacia fuera.

31. Es igualmente obligado en la actualidad adoptar una perspectiva global para dar respuesta a la sentida y acuciante necesidad de comprender en su integridad las distintas *formas de cooperación* y los niveles intermedios entre los grupos sociales y la Administración pública *. A este propósito, no es suficiente con analizar los clásicos instrumentos reguladores, sino que habrá que abordar también otras muchas fórmulas o mecanismos en pro del convenio, del consenso y de la libre adhesión, dimensión ésta en la que se dan cita el individuo, los grupos de poder, la sociedad y la Administración [49]. Es claro, desde luego, que, como consecuencia de estas nuevas relaciones o formas de trato con el poder público, habrán de aflorar ciertas amenazas o peligros para los derechos fundamentales y las libertades públicas. Asimismo surgirán problemas de carácter jurídico, a los que habrá de enfrentarse el fenómeno de la cooperación. Piénsese así, a título de ejemplo, en la necesidad de garantizar una cierta distancia y perspectiva ** para la correcta toma de decisiones o en la obligación de observar un respeto por los intereses de terceros que no hayan sido tenidos en cuenta con ocasión de la actividad cooperativa [50]. En suma, pues, los puntos de encuentro y los campos de actuación entre la sociedad y el Estado organizado, de estudio obligado para el Derecho administrativo, resultan más amplios, y han desbordado las estrechas formas de relación de antaño marcadas por la idea de la defensa frente a la injerencia o intervención. Nos hallamos ante situaciones en las que no se trata ya de encontrar un balance o un contrapeso frente al ejercicio desproporcionado del poder público, sino, más bien, a la inversa: ante supuestos en los que la Administración habrá de contrarrestar la acción de los grandes grupos de poder (*vid.* 1/45-49).

32. Resulta evidente, en efecto, que el Derecho administrativo no puede concebirse exclusivamente como un sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado. La vertiente de defensa o libertad deviene insuficiente. Los fines y objetivos del Derecho administrativo van mucho más allá de dispensar, en la mayor medida posible, la mejor garantía en favor de las situaciones jurídicas consolidadas ante la injerencia de los poderes públicos. Es claro que, en toda situación en la que resulte obligado garantizar el respeto *y la protección del individuo, emergerá inexorablemente la antítesis entre* la coacción estatal y la libertad individual —por utilizar la expresión de Ernst FORSTHOFF [51]—, y en la que la problemática de la dogmática básica de los derechos fundamentales continúa siendo de una enorme importancia. Ahora bien, si se pretendiera que toda acción administrativa estuviera presidida por el postulado de la presunción general de libertad, no podría entenderse en su entera dimensión que el individuo también se halla vinculado a la comunidad y que el Estado tiene la obligación de proteger a todos los ciudadanos (*vid.* 2/35-39). A ello debe añadirse que una tal perspectiva vaciaría de todo contenido o dejaría sin sentido a la problemática que encierran las relaciones multilaterales, esto es, de las constelaciones de intereses heterogéneos y aun contrapuestos entre los ciudadanos ante la Administración pública, y a la que ha de dar una adecuada respuesta el Derecho administrativo, con el procesamiento y ponderación de todos los intereses en juego (*vid.* 3/83-85). En estos casos concurren y entran en conflicto o colisión las libertades de diversos sujetos o titulares de intereses distintos, sin que la Constitución se haya decantado de una vez por todas en favor de unos intereses o libertades en cuestión en perjuicio de otros, es decir, sin que haya establecido en favor de quién ha de jugar la presunción o principio *pro libertate* [52] *.

* *N. del T.*: Dicho en otros términos: hoy día resulta inexcusable entender y abordar las distintas fórmulas de cooperación y los niveles intermedios entre la Administración y los grupos sociales. Y ello sólo será posible si se adopta una visión o una perspectiva de conjunto.

[49] Cfr. KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 3, § 59, núms. margs. 138 y ss.

** *N. del T.*: Distancia y perspectiva por parte de la Administración pública.

[50] Por lo que hace, a título de ejemplo, a la ponderación de los intereses de terceros en la actividad informativa de los poderes públicos, *vid. BVerwGE*, 90, 112 (124 y 125).

[51] *Verwaltungsrecht*, p. 368.

[52] Sobre esta temática, cfr. SCHMIDT-PREUß, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 425 ss.; RASCHAUER, *Verwaltungsrecht*, núms. margs. 1128 y ss. Con una orientación distinta, en el sentido de propugnar una "libertad global", esto es, la ponderación de todas las situaciones o posiciones contrapuestas de terceros, *vid.* GRÖSCHNER, *Überwachungsrechtsverhältnis*, pp. 105 y 114, y la bibliografía allí citada.

* *N. del T.*: Dicho de otro modo: Si, en efecto, lo que se pretende no es sino proteger a un individuo aisladamente considerado, nos encontraremos en una típica relación antitética entre la coerción estatal y la libertad individual. Pero cuando son múltiples las relaciones, y éstas no son ya bilaterales, esa perspectiva resulta pobre e insuficiente, porque no es susceptible

Al Derecho administrativo propio del Estado democrático y de Derecho no le es de utilidad el filón de pensamiento que subyace a muchas de las viejas teorías de la dogmática administrativa, de acuerdo con las cuales lo prioritario no es otra cosa que, primero, ordenar y disciplinar una razón de Estado que procure el bienestar y, segundo, regular una función ejecutiva de carácter monárquico *. Y no es posible rehabilitar o reactivar esas viejas teorías inoculando en el Derecho administrativo una suerte de efecto o impronta "dilatoria" **, a fin de demorar las decisiones administrativas actuales que puedan resultar contrapuestas con el objeto de dejar abiertas otras opciones de futuro [53]. Por el contrario, y una vez asegurado que el Derecho administrativo limita y racionaliza el poder, se trata más bien de garantizar el adecuado cumplimiento y ejecución de los objetivos, y de facilitar la acción administrativa y su eficacia. En suma, pues, el Derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la *eficacia* y efectividad de la acción administrativa [54]. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto. Y es que en un Derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva [55] ***.

---

de aprehender la otra dimensión, a saber, la vinculación social de todo individuo y la función protectora que al Estado incumbe para con todos y cada uno de los ciudadanos. Cuando, en efecto, concurren varios sujetos titulares de derechos e intereses no juega entonces la simple presunción en favor de la libertad, que es propia de las relaciones bilaterales (de un ciudadano frente al poder público).

* *N. del T.:* Esto es, regular su ejecutivo monárquico que aplicase en la práctica dicha razón de Estado.

** *N. del T.:* El texto utiliza el adjetivo *katechontisch.* Con ello quiere afirmarse, como aclara el propio autor para esta traducción, que situaciones y circunstancias complejas, como la de una autorización para una instalación peligrosa (piénsese en una central nuclear), habrán de resolverse a través de una especial configuración de las categorías y técnicas propias del Derecho administrativo, como puede ser la creación de un procedimiento administrativo capaz de atender todas las circunstancias e intereses en juego, por ejemplo, mediante consultas, audiencia, posibilidades de alegar en forma contradictoria, etc. Todo ello supone una evidente dilación. También la tutela cautelar —el efecto suspensivo— entraña una dilación. Es esto a lo que algunos autores denominan "efecto dilatorio".

[53] Sobre la cuestión de una función de "tamiz" o de "freno", *vid.* SCHLINK, *VVDStRL*, vol. 48, p. 235 (259). En contra, SCHULZE-FIELITZ, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 139 (149): en términos jurídicos la dilación o el diferir hacia o para sí carece de sentido y supone una pérdida de racionalidad del principio del Estado de Derecho.

[54] En sentido análogo, SCHOCH, *DV*, 1992, p. 21 (27); SCHULZE-FIELITZ, *DVBl*, 1994, p. 657 (661 y 662); VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, p. 5: «La doble función del Derecho administrativo en cuanto ordenamiento jurídico»; para mayor abundamiento, pp. 45 ss.

[55] Cfr. *BVerfGE*, 61, 82 (116); para una reflexión más detallada *vid.* KUNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, pp. 438 y 439.

*** *N. del T.:* No se trata, en suma, tan sólo de "disciplinar" la intervención administrativa, de sujetar y limitar la acción de la Administración pública, como en el Derecho administrativo

B. LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO CIENCIA DE DIRECCIÓN O VERTEBRACIÓN

33. Todo Derecho aspira a la eficacia, a su efectividad (*vid.* 2/20-31). De ahí que la ciencia del Derecho no pueda conformarse sin más con la mera construcción dogmática de técnicas, categorías y reglas jurídicas, sino que debe de ocuparse asimismo de las condiciones y presupuestos para que aquéllas resulten efectivas y eficaces. Habrán de ponerse en un contexto más amplio cada una de las construcciones jurídicas y contrastarse entre sí, de modo que el Derecho sea capaz de garantizar su función ordenadora. La ciencia del Derecho administrativo ha de ser concebida como ciencia de dirección y vertebración *.

I. La dirección a través del Derecho

34. Nuestra reflexión no pretende entrar a analizar las dudas o las objeciones de carácter general que se han suscitado en el marco del debate de las ciencias sociales acerca de la dirección o gobierno de los sistemas y sobre la capacidad de dirección que posee el Derecho [56] **. Dejando al margen las debilidades o los problemas que la efectividad del Derecho pueda presentar [57], las críticas no se han visto refrendadas en la práctica por el quehacer administrativo o judicial o en los despachos de abogados [58] ***. Por el contrario, aquí seguimos una doctrina más pragmática que ve hoy en el Derecho un instrumento

---

clásico, sino también de garantizar su eficacia, asegurar su efectividad. La dogmática de la intervención o injerencia desproporcionada, de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad) ha de dar paso asimismo a la doctrina de la "prohibición de defecto", a la interdicción de una respuesta insuficiente por parte de la Administración pública. La idea, pues, de la capacidad de respuesta, de la funcionalidad y de la eficacia ha de encontrar su sitio en la dogmática del Derecho administrativo.

* *N. del T.:* La efectividad del Derecho depende de otros muchos factores que tampoco pueden desconocerse. De ahí que cada una de las construcciones jurídicas deba ponerse en un contexto más amplio, el que proporcionan las ciencias sociales, dentro de las cuales el Derecho administrativo ocupa un papel preeminente y de liderazgo, de acuerdo con la doctrina de SCHMIDT-ASSMANN.

[56] Cfr. TEUBNER, *Autopoietisches System*, pp. 21 ss.; asimismo, LUHMANN, *PVS*, 1989, pp. 4 ss.

** *N. del T.:* Las dudas se refieren a si el Derecho es capaz de vertebrar y dirigir a las demás ciencias sociales.

[57] Cfr. los informes que se encuentran en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*.

[58] Sobre la base de una investigación empírica en el ámbito del régimen jurídico de la emisiones e inmisiones a la atmósfera, *vid.* igualmente DOSE, *Verhandelnde Verwaltung*, pp. 423 y 424, 261 y 262. Desde una perspectiva general en torno a la investigación de los presupuestos de hecho, cfr. VOBKUHLE, *VerwArch*, 1994, pp. 567 ss.

*** *N. del T.:* En opinión de SCHMIDT-ASSMANN, la misma práctica cotidiana demuestra la relevancia del Derecho. ¿Por qué, si no, matiza el autor, se debate sobre el Derecho ante los Tribunales? Las Sentencias expresan la importancia del Derecho frente a la política.

de dirección idóneo, por más que sus déficit en punto a la eficacia deban ser analizados o sus condiciones de efectividad mejoradas [59]. El orden constitucional se orienta hacia el Derecho. Y ello es aún más apreciable en relación con la Comunidad Europea que, de entrada, se ha constituido como comunidad jurídica, y en la que nada podría conseguirse sin la fuerza integradora del Derecho (*vid.* 7/28-37)» *.

1. *La dirección como concepto analítico*

35. El debate de las ciencias sociales en torno al concepto y teoría de la *dirección* tiene la virtualidad de insertar el Derecho administrativo en un marco teórico de enorme riqueza, y a cuyo trasluz cabe analizar cuáles son las fuerzas o factores desencadenantes, la dinámica interna y las condiciones medioambientales de los procesos sociales y, con ello, también la eficacia del Derecho. La *influencia recíproca* entre los sujetos, objetos, medios e instrumentos de esa dirección, así como sus límites constituye el centro de la teoría [60]. Las estructuras sociales complejas se expresan y singularizan a través del entrelazamiento de diversas relaciones directivas.

36. En la sistemática del Derecho administrativo, ese entrelazamiento se basa en la doble posición que ocupa el ejecutivo. Desde esta perspectiva, en efecto, la Administración es "*objeto* de dirección", y ello en la medida en que las fuerzas de producción normativa a nivel nacional y europeo a través del Derecho le deben otorgar la habilitación precisa e imponer las obligaciones necesarias para que aquélla pueda atender sus funciones; pero es al mismo tiempo "*sujeto* de dirección", que transpone de forma activa los impulsos directivos,

[59] Por todos, MAYNTZ, *JbStVwW*, 1987, pp. 89 ss.; SCHARPF, *PVS*, 1989, pp. 10 ss.; con mayor detalle, VOIGT, en (del mismo autor) *Politische Steuerung moderner Industriegesellschaften*; RITTER, en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 69 (100 ss.); SCHUPPERT, *ibid.*, pp. 217 ss.; SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 71 ss.; TRUTE, *DVBl*, 1996, pp. 950 ss.; BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 29 ss.

* *N. del T.*: Dicho de otro modo: este planteamiento o enfoque, al que hace referencia el autor, evita entrar de lleno en el corazón de la discusión teórica de las ciencias sociales en torno a la capacidad de liderazgo del Derecho, para adherirse, por el contrario, a una tesis más prágmatica, y en cuya virtud el Derecho representa un instrumento de dirección indispensable, pese a que sus ineficiencias deban ser superadas.

[60] Nos remitimos para un tratamiento más profundo de estas cuestiones a SCHUPPERT, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 65 (68 ss.); KÖNIG y DOSE, *Instrumente und Formen*, en particular los trabajos del mismo editor, *ibid.*, pp. 7 ss. (sobre la formación del concepto), pp. 13 ss. (sobre los diferentes puntos de partida del concepto de dirección en las ciencias jurídicas, políticas, económicas y en la sociología), pp. 79 ss. (clasificaciones de las premisas del concepto de dirección en las ciencias del Estado y de la Administración); asimismo, *vid.* las conclusiones parciales y el resumen en las pp. 123 ss., así como los estudios de las pp. 153 ss. (las distintas formas directivas del Estado) y pp. 519 ss. (referencias de la dirección estatal). Asimismo, los estudios panorámicos de VOIGT, *ibid.*, pp. 289 ss., y DERLIEN, pp. 503 ss. En particular, sobre la perspectiva de las ciencias jurídicas, *vid.* LANGE, *ibid.*, pp. 173 ss.

y lleva a cabo actividades propias para la dirección de los distintos sectores sociales en el marco de la legalidad. Ese mismo entrelazamiento demuestra que no cabe contemplar la acción administrativa desde la exclusiva óptica o punto de vista de la Administración pública, pues no es ella la única que actúa en los procesos de recepción, transformación y transmisión de información: éstos se producen en el marco de la interacción y de la convergencia. Y se logra esa dirección cuando los impulsos se armonizan con las motivaciones de los actores. Su multiplicidad y carácter poliédrico pueden neutralizar los efectos vertebradores y directivos, pero al mismo tiempo es obvio que dan ocasión a que se produzcan efectos sinérgicos. La Administración no actúa como un bloque monolítico, sino que se articula en forma de red para englobar múltiples unidades organizativas, y frente a la que se encuentran no sólo personas individuales, sino también asociaciones, grupos y federaciones. Ello supone una evidente ampliación del campo de actuación en el que habrá de operar la construcción sistemática del Derecho administrativo. De un lado, habrá de ocuparse de la organización interadministrativa, al tiempo que, de otro, deberá tener en cuenta las diversas expresiones de la autorregulación social (*vid.* 5/32-57).

37. La teoría analítica de la dirección se sirve y ocupa de otros instrumentos, además del Derecho, como el mercado, los recursos financieros, el personal y la organización, en cuanto *medios de dirección*. Es evidente que en el seno del Estado de Derecho le corresponde al Derecho un claro protagonismo, aunque no una función exclusiva; el Derecho se sitúa en el centro del Estado de Derecho, pero no se agota ahí su contenido. Habrán de contemplarse los efectos y consecuencias del Derecho desde un contexto más amplio, en interacción con los restantes instrumentos o medios; indagar cuáles son sus equivalentes funcionales y apostar por su perfeccionamiento mediante su contraste o comparación con aquéllos.

Conclusión análoga puede alcanzarse en lo que hace a los instrumentos o técnicas de dirección de que se sirve el Derecho. Hasta ahora los instrumentos reguladores han contado con una sólida base dogmática y, con ellos, las técnicas coercitivas y de ejecución a su servicio, expresadas en mandatos y órdenes, prohibiciones, autorizaciones, reglamentos y planes vinculantes. La perspectiva científica de la dirección no puede renunciar a estos aspectos. Los medios propios de la política reguladora, en efecto, resultan irrenunciables. El Derecho administrativo seguirá siendo *también* el Derecho de los actos unilaterales dotados de *imperium*. Y ello no sólo porque estos medios en última instancia resulten indisponibles, sino también porque el Estado democrático y de Derecho autoriza a que las decisiones públicas se lleven a efecto aun en contra de sus destinatarios (*vid.* 1/25).

Pero esto es sólo *una* parte o una cara del tema. El debate de las ciencias sociales en torno a la teoría o concepto de la dirección

ha puesto de manifiesto que, junto a los instrumentos reguladores, existen otros mecanismos como la creación de incentivos o el uso de la información con un objetivo determinado. Se trata de procesos en los que hasta el momento ha tenido poca entrada el Derecho; que no han sido estructurados jurídicamente por completo, como sucede, por ejemplo, en los complejos sistemas de otorgamiento de subvenciones. Con todo, la cuestión estriba en crear un marco jurídico para todos los instrumentos de dirección. Y a ese propósito no es suficiente el continuismo, un mero desarrollo de las premisas tradicionales o una simple rehabilitación de la denominada acción administrativa informal *. Por el contrario, el Derecho administrativo deberá ocuparse de los distintos modelos de motivación que rigen ese conjunto más amplio de instrumentos y poner a su servicio las reglas que resulten adecuadas para garantizar tanto la tutela de los afectados como la capacidad de acción del ejecutivo, de forma análoga a como la dogmática ha sabido hacer con los instrumentos reguladores (*vid.* 6/65-73).

2. *Límites de la teoría*

38. La referencia o el auxilio que la ciencias sociales y, en particular, la teoría de la dirección le brindan al Derecho administrativo no significa que las funciones de éste hayan de devaluarse o desembocar en una suerte de técnica social **. El Derecho constituye un medio de dirección, pero es al mismo tiempo un ordenamiento material. De ahí que no sea sólo un instrumento, que su significado y sentido no se pueda circunscribir a un papel meramente instrumental. Las magnitudes o referentes de los modelos de las ciencias sociales son instituciones, no relaciones jurídicas individuales, ni procesos jurídicos. Ello exige un importante esfuerzo por complementar el sistema dogmático tradicional del Derecho administrativo, dogmática que hasta ahora se ha visto un tanto simplificada y focalizada en la tutela judicial y, por ello, volcada en los procesos individuales, en detrimento de su capacidad para entender y albergar relaciones o contextos más trascendentes y comprensivos ***. Se trata, eso sí, de urgir a una ampliación del sistema, no a su sustitución. El Derecho administrativo, en efecto, debe tener siempre un lugar firme y seguro en su sistema para

* *N. del T.*: Sobre esta categoría véase, por ejemplo, Capítulo tercero, núms. margs. 7, 18 y 70; Capítulo cuarto, núm. marg. 17; Capítulo quinto, núm. marg. 6; Capítulo sexto, núms. margs. 1, 38, 45 y 57, etc.

** *N. del T.*: Cuanto antecede no quiere decir, en efecto, que el auxilio que brinda la teoría de la dirección, elaborada en las ciencias sociales, haya de diluir la función del Derecho administrativo para terminar por confundirlo con una suerte de técnica social.

*** *N. del T.*: De ahí que sea necesario completar el sistema o la dogmática tradicional del Derecho administrativo, hasta ahora excesivamente centrada en procesos individuales, con menoscabo de una visión más amplia de los contextos y relaciones vertebradoras o directivas.

los procesos y situaciones individuales, de conformidad con sus raíces y sus fundamentos últimos, caracterizados por la dimensión de los derechos individuales (*vid.* 1/27-29).

39. Desde luego, tampoco han de pasarse por alto los límites intrínsecos de estas teorías sobre la dirección, pues corren el peligro de ser aplicadas de una forma mecánica [61]. Para constituir un modelo útil y dominable, sus elementos quedaron dispuestos de acuerdo con una perspectiva enormemente selectiva y su virtualidad como canon o parámetro de legalidad se vio reducida a una simple relación de causa-efecto [62]. Poco se habría avanzado, en efecto, si el postulado clásico, un tanto simplista, de una Administración que aplica la ley y se estructura jerárquicamente, se hubiera confundido o conectado con un modelo de las ciencias sociales —el modelo de dirección— basado en una simplificada doctrina lineal y causalizada de la acción administrativa [63]. De ahí que la dirección a través del Derecho no deba ser concebida reductivamente como si de un mero recurso a los medios de ejecución forzosa se tratase. Antes al contrario, han de tenerse en cuenta todas las dimensiones o partes del ordenamiento, desde los programas legales de contenido material, que remiten a una ejecución directa, hasta el Derecho financiero, la legislación de procedimiento o la organización administrativa. De esta forma será posible crear un acervo de elementos básicos en los que se asiente la dirección, un conjunto que podría calificarse de *estructura reguladora*, también al objeto de sortear ya en el plano conceptual el riesgo de una aplicación mecánica de estas doctrinas de las ciencias sociales [64], y que pueda a su vez subdividirse en estructuras organizativas, procedimentales, programáticas o de planificación y personales [65]. Tales estructuras reguladoras encajan en las premisas o presupuestos y en las exigencias de ajuste de la programación material. Producen efectos propios y mediatizadores, que habrán de tenerse en cuenta en la doctrina administrativa de la aplicación de la ley de un modo más intenso que hasta el presente (*vid.* 4/51-54; 5/9-11).

[61] Cfr. Pitschas, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y Schuppert, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 219 (224).

[62] Cfr. Mayntz, *JbStVwW*, 1987, p. 89 (93).

[63] Ritter, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 ss.; sobre la sustitución de la concepción causal y lineal por una doctrina de la dirección más procedimental en la más reciente dogmática de las ciencias sociales, cfr. Braun, *Politische Steuerung*, pp. 37 ss.

[64] Cfr. Mayntz y Scharpf, en (del mismo autor) *Gesellschaftliche Selbstregelung*, pp. 9 ss.; Trute, *DVBl*, 1996, p. 950 (951).

[65] Schuppert, *AfK*, 1996, p. 226 (228); en sentido análogo, Loeser, *System des Verwaltungsrechts*, vol. 2, pp. 80 ss.

II. Otros elementos o presupuestos de la doctrina de la dirección

40. La ciencia del Derecho administrativo ha de trabajar artesanalmente las múltiples posibilidades de regulación que el mismo Derecho ofrece. Sólo así será posible además integrar los nuevos postulados de la dirección en la sistemática del Estado de Derecho, los cuales, por cierto y no obstante su apariencia, no se orientan precisamente hacia parámetros jurídicos. La tendencia global que hoy día se deja sentir con fuerza en pro de una modernización de la Administración pública, dejando al margen tantos matices, diferencias y aun contradicciones en aspectos puntuales, se ha articulado sobre todo en torno a la eficiencia económica y a los postulados del *management* [66]. La generalizada crisis financiera no hace sino fortalecer ese movimiento. El mercado, en suma, se sitúa en el centro del debate sobre la dirección.

1. *El denominado "nuevo modelo de dirección"*

41. La organización y la estructura interna de la Administración constituyen los puntos de partida o de arranque de las propuestas de reforma. Acaso sea un ejemplo paradigmático el conocido como "nuevo modelo de dirección", presentado por la "Comunidad de Municipios para la Simplificación Administrativa" en 1993 [67]. El modelo gira en torno a la idea directriz de "la Administración municipal como empresa prestadora de servicios", y en donde la prestación administrativa es concebida como "producto" y la relación con el ciudadano como "relación con los clientes". Su objeto consiste en construir una estructura organizativa y de dirección descentralizada, de carácter análogo al modelo empresarial. Uno de sus elementos más característicos reside en el claro deslinde, en el seno de las Corporaciones locales, entre la responsabilidad y las tareas propias del ámbito o plano político, de un lado, y el ámbito propiamente administrativo, de otro. Para ello, el órgano municipal superior habrá de determinar en qué grado desea atender cada una de sus funciones, los objetivos que se pretenden alcanzar, las fórmulas de dirección y el marco o condiciones de ejercicio; asimismo habrá de fijar los fines de las prestaciones y servicios y controlar en todo momento su cumplimiento. La Administración deberá cumplir finalmente los deberes prestacionales previamente establecidos.

[66] Cfr. König, *DÖV*, 1997, pp. 265 ss.; König y Beck, *Modernisierung*; asimismo, Banner y Reichard, *Kommunale Managementkonzepte*; Bullinger, *Verwaltungsmanagement*.

[67] Informe KGSt núm. 5/1993; para una referencia más detallada a documentos y bibliografía, *vid.* Klages, *AfK*, 1995, pp. 203 ss.; Hill, en Schmidt-Assmann y Hoffmann-Riem, *Verwaltungsorganitationsrecht*, p. 65 (71 ss.); J. P. Schneider, *ibid.*, p. 103 (114 ss.).

En ese sentido, resultan de suma importancia aquellos acuerdos o convenios que permiten precisar o delimitar mejor las prestaciones, previstas presupuestariamente, que corresponden a la esfera política y a la administrativa. El modelo, en definitiva, pasa por describir con toda exactitud y en cifras las prestaciones que han de llevarse a cabo. Por otro lado, la idea de la competencia y de la competitividad habrá de hacer más fuerte la analogía de la estructura administrativa con la de la organización empresarial. A cada una de las unidades o sectores administrativos habrá de reconocérsele un margen para que actúe bajo su propia responsabilidad en la utilización más eficiente posible y conforme con los fines de los medios materiales y personales que le hayan sido asignados. Frente a esa organización descentralizada se establece un área centralizada, responsable de la dirección estratégica y de las tareas de control.

42. Desde entonces, este modelo ha inspirado en mayor o menor medida a numerosas Entidades locales y viene adquiriendo creciente importancia en el seno de las demás Administraciones territoriales. Desde luego, ello habrá de imprimir un importante efecto innovador en la Administración pública. Así, por ejemplo, se están ensayando nuevas formas de organización. Pero es en el plano de una mayor concienciación en lo que hace a los costes y recursos financieros dentro de la propia Administración donde más se advierten sus efectos. La reforma del Derecho financiero y de la normativa sobre organización administrativa han sido las primeras en abrirse a este modelo, al incorporar criterios o cláusulas de experiencia. Por lo demás, y como ha subrayado Albert von Mutius, este modelo puede iniciarse fácilmente en el Régimen local sin necesidad de grandes reformas legales [68]. El que el debate de la doctrina administrativa en Alemania se haya centrado más en algunos aspectos singulares del nuevo modelo de dirección se puede explicar por la concreta forma que adopta dicho modelo, orientado preferentemente a las relaciones administrativas, por lo general no excesivamente complejas, que se generan en el seno de las Corporaciones locales. A ese propósito resulta relevante que la doctrina determine con precisión la exacta naturaleza jurídica de los convenios de contenido prestacional y la del *management* o gestión de los contratos [69].

2. *La indefectible tarea del Derecho*

43. En síntesis, cabe afirmar que el nuevo modelo de dirección y su búsqueda de instrumentos inspirados en los mecanismos del mer-

[68] von Mutius, en *FS Stern*, pp. 685 ss. Sobre los límites de la economía local, *vid.* Otting, *Neues Steuerungsmodell*.

[69] Sobre el tema, cfr. Wallerath, *DÖV*, 1997, pp. 57 ss.; Punder, *DÖV*, 1998, pp. 63 ss.

cado se inscribe en un debate mucho más amplio, que conecta y guarda relación con la temática de los fines y de las tareas de la Administración moderna, así como con los medios y actividades que a su servicio deban arbitrarse. «Una vez constatados los fallos y la falta de efectividad de la burocracia del Estado administrativo, también se abrirá paso en el sector público el modelo económico privado basado en la empresa y en su preocupación por el coste y la rentabilidad» [70]. No basta, por tanto, con un tratamiento doctrinal que se ciña a ciertos elementos puntuales o aislados de este modelo, sino que la ciencia del Derecho administrativo, desde un contexto más amplio, tendrá que investigar los presupuestos económicos del debate en su conjunto, e indagar así su legitimidad y su impacto o efectos sobre el Derecho [71]. Tampoco es suficiente un análisis de superficie que no ahonde en sus bases conceptuales. Nótese que la idea de "producto", "cliente" o *"holding"*, como elementos caracterizadores de las relaciones entre el ciudadano y la Administración, no constituyen, desde luego, expresiones o conceptos que resulten familiares o conocidos en el plano de las relaciones jurídico-administrativas. Más relevante aún resulta, sin embargo, destilar cuáles sean los valores subyacentes y los factores determinantes que se esconden bajo los conceptos de mercado, de competencia, de análisis de calidad y de transparencia de costes. Se trata de conceptos que evocan la idea de que la Administración no sólo se dedica a ejecutar o aplicar la Ley y el Derecho, sino que realiza o presta servicios que habrán de medirse asimismo por el principio de racionalidad económica. Con razón se le ha criticado a la dogmática tradicional que con el acento en la vinculación de la Administración al Derecho no tenga en cuenta de igual modo los costes [72]. La escasa atención que la Teoría General del Derecho administrativo ha prestado a los aspectos financieros y presupuestarios no es sino una demostración de cuanto se ha dicho. Habría que saludar positivamente que los nuevos conceptos de dirección indujeran a una nueva forma de concebir la Administración y el Derecho administrativo. Racionalidad económica y eficacia constituyen legítimos parámetros de la acción administrativa (*vid.* 6/89-93).

44. Sin embargo, si se cayera en «la estrategia del economicismo interno de la Administración pública» (KÖNIG) [73], se correría el peligro de sustituir la función que al Derecho le cumple satisfacer respecto de la Administración por los mecanismos de mercado y por una distribución descentralizada de los recursos. No es eso lo que pretenden los defensores de la doctrina del nuevo modelo de dirección [74], pero

[70] PITSCHAS, en MERCHEL y SCHRAPPER, *Neue Steuerung*, p. 107 (123).
[71] En tal sentido, KÖNIG, *DÖV*, 1995, pp. 349 ss.; del mismo autor, *DVBl*, 1997, pp. 239 ss.; LAUX, *AfK*, 1995, p. 229 (242 ss.); LÜDER, *DÖV*, 1996, pp. 93 ss.
[72] En tal sentido, KÖNIG, *DVBl*, 1997, p. 239 (241), con referencia a NASCHOLD.
[73] *DVBl*, 1997, p. 239 (243).
[74] Cfr. Informe KGST 5/1993, p. 14; asimismo, KLAGES, *AfK*, 1995, p. 203 (214 ss.).

ha de reconocerse que, como consecuencia del énfasis puesto en los criterios económicos, es ése un riesgo cierto. Frente a ese acento ha de subrayarse que las sociedades modernas, no obstante los múltiples procesos de cooperación, se caracterizan por una clara separación entre el orden económico y el sistema político-administrativo. Cada una de esas esferas o sistemas sigue sus propias leyes, se asienta y se explica al trasluz de modelos teóricos y racionales diferentes. Y así debe ser además, pues ello no es sino consecuencia de la distinción o separación entre libertad y competencia (*vid.* 1/26). Es claro, pues, que la Administración no se mueve exclusivamente por criterios de rentabilidad económica. Por el contrario, su servicio al interés general o, si se quiere, su vinculación a la comunidad se traduce en una «misión "integral" o "global", que comprende legalidad, racionalidad económica, conveniencia u oportunidad, proximidad al ciudadano, capacidad de aprendizaje y adaptación, experiencia y razonabilidad» [75]. Conseguir que esas distintas *orientaciones de carácter normativo* se expresen en cada caso singular constituye, desde luego, un reto muy exigente (*vid.* 2/22), que entraña desarrollar una "función programática propia" a cargo de la Administración [76], al tiempo que subraya su autonomía e identidad.

Habida cuenta de que el criterio de la rentabilidad, a diferencia de lo que acontece en el mundo empresarial, no constituye el único criterio por el que ha de guiarse la Administración pública y de que, por consecuencia, las directrices que se pueden extraer del criterio de la rentabilidad no habrán de tener el mismo sentido en uno y otro caso, resulta necesario ordenar jurídicamente el proceso de selección y las fuerzas o factores que influyen sobre el mercado. Los "cuasi-mercados" y la "competencia virtual" apenas son capaces de oponer contrapesos fiables que compensen y reequilibren los desajustes y la desvertebración que origina la gestión descentralizada de los recursos [77]. En un segundo momento, será necesaria una reestructuración por medio del procedimiento y de la organización administrativas *. En efecto, si, como viene demandando con acierto la teoría del nuevo modelo de dirección, el clásico modelo de dirección jurídica a través de programas legales de carácter o contenido material debe verse *complementado* con criterios de eficiencia de un modo más claro que hasta ahora, será necesario recurrir a esas dos piezas. El Derecho tiene que ofrecer el marco institucional adecuado para que quepan *todos* los

[75] PITSCHAS, en MERCHEL y SCHRAPPER, *Neue Steuerung*, p. 107 (117 ss.); HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 115 (130 ss.).
[76] PITSCHAS, en MERCHEL y SCHRAPPER, *Neue Steuerung*, p. 107 (123).
[77] KONIG, *DVBl*, 1997, p. 239 (245 ss.).
* *N. del T.*: La organización administrativa y el procedimiento administrativo serán los instrumentos que habrán de servir para estructurar el proceso de toma de decisiones, precisamente allí donde no puede dirigirse a la Administración con las leyes clásicas en las que el presupuesto de hecho quedaba perfectamente definido, ni predeterminarse su conducta mediante programas legales dotados de un claro y preciso contenido material.

parámetros a los que deba sujetarse la acción administrativa [78]. De ahí que, a este propósito, sea necesario incorporar con mayor fuerza a la Parte general instrumentos tan conocidos como el Derecho presupuestario y el control financiero, e inducir nuevas fórmulas de control (*vid.* 4/70-87) [79]. También resulta útil a estos efectos reflexionar sobre el desarrollo de la participación, por ejemplo para hacer consultas de cara a la mejora de los servicios sociales (*vid.* 2/110-112) [80]. Entendida en sus justos términos, es claro que los postulados o directivas que emanan de la dimensión económica no suponen una amenaza para el Derecho. Pero sí exigen, en efecto, activar otros parámetros del Derecho, más allá del clásico dogma de la vinculación a la ley y al Derecho.

III. El Derecho en el "Estado cooperativo" *

45. En cuanto ciencia vertebradora o de dirección **, la del Derecho administrativo tiene un singular reto que afrontar ante las múltiples expresiones con las que hoy se presenta el "Estado cooperativo" [81]. Los procesos cooperativos parecen aspirar a desdibujar la frontera entre libertad y competencia. Tal es la razón por la que se han puesto en duda algunas de las más importantes clasificaciones o postulados del sistema del Derecho administrativo y, en consecuencia, los me-

[78] Cfr. J. P. Schneider, en Schmidt-Assmann y Hoffmann-Riem, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 103 (125 ss.).

[79] Cfr. Henneke, *Steuerung kommunaler Aufgabenerfüllung*.

[80] Cfr. Pitschas, en Merchel y Schrapper, *Neue Steuerung*, p. 107 (112); del mismo autor, en Von Maydell y Ruland, *SRH*, § 24, núms. margs. 116 y ss.

* *N. del T.:* En alemán, se habla de *kooperativer Staat* o de *kooperative Verwaltung*, que podríamos traducir también, de modo más o menos literal, como "Estado cooperador" o "Administración cooperadora", o, mejor, como Administración o Estado colaborador. La doctrina europea, en inglés, prefiere hablar de *horizontal decision-making, coproduction* o de *negotiated decision-making*. Se trata de una clase de proceso para la toma de decisiones, basada en el consenso y la negociación o, en términos aún más amplios, en una forma de Administración pública cuyas decisiones (y la preparación y ulterior ejecución de éstas) son fruto de la deliberación y negociación en el marco de un contexto más o menos estable de relaciones entre las autoridades públicas y el sector privado. *Vid.*, a título de ejemplo, Boudewijn de Waard (ed.), *Negotiated Decision-Making*, Center for legislative Studies, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 1.

** *N. del T.:* Con tal expresión no quiere decirse, claro es, que la ciencia del Derecho administrativo deba dirigir o vertebrar a otras ciencias sociales. Se trata, más sencillamente, de que aquélla ofrezca referentes —directrices— a la realidad y a la praxis administrativas, y ello en la medida en que el Derecho administrativo se modela de tal forma que puede impulsar e influenciar la realidad (así, y a título de ejemplo, de acuerdo con Schmidt-Assmann, el recurso contencioso, de carácter objetivo, en defensa de la mera legalidad).

[81] En profundidad, Ritter, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 ss.; ya antes y del mismo autor, *AöR*, 1979, pp. 389 ss.; Pitschas, *Verwaltungsverantwortung*, pp. 275 ss. Para más referencias, cfr. Dose, *Verhandelnde Verwaltung*, pp. 17 ss.; Braun, *Politische Steuerung*, pp. 29 ss.

canismos de protección propios del Estado de Derecho que de ahí derivan.

1. *La cuestión de la acción cooperativa*

46. Desde luego, el fenómeno del Estado cooperativo no es tan reciente como se ha creído [82]. Lo que sí resulta nuevo es su alcance o dimensión, el campo en el que hoy actúa y se mueve la "Administración cooperativa" [83]. Dejando al margen los acuerdos o convenios de importancia menor por su grado de obligatoriedad o de vinculación, lo cierto es que el fenómeno de la cooperación ha venido experimentando un notable crecimiento en la práctica cotidiana. Piénsese así en el surgimiento de complejos sistemas de cooperación y de negociación en sectores como el medio ambiente o la salud. Y ello tanto en el plano de la aplicación o ejecución de la ley como en el de la producción normativa. Son numerosos los casos en que los contactos puntuales o esporádicos (entre la Administración y el ciudadano) se han transformado en una relación permanente; las decisiones individuales pasan a convertirse en procedimientos cooperativos [84]. El Reglamento comunitario sobre la auditoría ecológica de 1993, por ejemplo, pone a disposición de los ordenamientos nacionales un sistema de vigilancia y control basado en la cooperación [85]. También en el ámbito de la normalización técnica la misma Comunidad sigue el modelo cooperativo [86]. La autorregulación social reclama o remite a una cierta y matizada forma de dirección o gobierno, que sólo se hará posible si se hallan realmente a disposición de la sociedad los conocimientos e instrumentos de dirección social necesarios [87].

Por su parte, la política de privatizaciones no hace sino ampliar el ámbito de la cooperación (*vid.* 3/89/91). La privatización de organizaciones y entidades desemboca con frecuencia en una ulterior privatización de funciones y cometidos y ello se lleva a cabo a través de múltiples pasos intermedios o fórmulas de transición, lo que exige inexcusablemente la cooperación con el sector privado. La privatización, sin embargo, no supone una despedida o retirada del Estado del campo de juego, sino la mutación de los clásicos instrumentos de intervención en fórmulas de cooperación [88]. Los convenios o contratos

[82] Con acierto, Benz, *Kooperative Verwaltung*, p. 13, con referencia a Forsthoff.

[83] Benz, *Kooperative Verwaltung*, pp. 23 ss.; asimismo, los informes en Dose y Voigt, *Kooperatives Recht*; recientemente, Dose, *Verhandelnde Verwaltung*, en particular, pp. 199 ss.

[84] J. P. Schneider, *VerwArch*, 1996, pp. 38 ss.

[85] Reglamento núm. 1836/93. Sobre el tema, *vid.* Pitschas, en Lüder, *Staat und Verwaltung*, pp. 269 ss.

[86] Rönck, *Technische Normen*, pp. 47 ss.; se muestra crítico Roßnagel, *DVBl*, 1996, pp. 1181 ss.

[87] En tal sentido, Trute, *DVBl*, 1996, pp. 950 ss.; Kloepfer y Elsner, *DVBl*, 1996, pp. 964 ss.

[88] Sobre esta temática, *vid.* Osterloh y Bauer, *VVDStRL*, vol. 54, pp. 204 ss. y 243 ss.

y las empresas mixtas representan los supuestos más típicos [89], si bien en este ámbito se están produciendo notables cambios a impulsos también del Derecho comunitario [90], como demuestran el sector de las telecomunicaciones y el de la energía.

47. El modo de actuación y de trabajo característicos de la Administración cooperativa está modificando las técnicas y los postulados en los que se asienta el Derecho administrativo, sus principios de dirección o gobierno. Ernst-Hasso RITTER ha sintetizado esas líneas de reforma destacando algunas de sus tendencias [91]. En ese sentido, la nota más singular consiste en el desplazamiento de un Derecho jerárquico hacia un Derecho consensuado, y en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir, o la vinculación o sujeción al Derecho se completa, cuando no es sustituida parcialmente, por una vinculación de naturaleza normativo-social. Otras líneas de tendencia van desde una dirección total o completa a una simple dirección parcial; o se mueven desde un Derecho tradicional con vocación de permanencia, esto es, con una vigencia indefinida, hacia un "Derecho temporal", de vigencia limitada, que pretende hacer frente a una situación de mera coyuntura. Por otro lado, la acción cooperativa suele ir acompañada, no sin frecuencia, de la acción informativa; y así se pasa de la orden o decisión unilateral al previo entendimiento; del procedimiento clásico de elaboración de disposiciones generales, al acuerdo sobre esas disposiciones. Esta evolución no sólo se deja sentir en los sistemas nacionales, sino también a nivel comunitario [92]. Contemplado el fenómeno desde la perspectiva del Derecho establecido de modo unilateral y de los medios de ejecución forzosa que lo acompañan, es frecuente entender o interpretar estas nuevas tendencias como una debilidad del sistema. Sin embargo, se trata más bien de un cambio en las ideas directrices o vertebradoras del Derecho. Cabe observar asimismo en este terreno un creciente protagonismo del procedimiento y de la organización administrativas [93]. Pero ello no significa que el Derecho capitule ante las distintas manifestaciones del Estado cooperativo. Por el contrario, la cuestión radica en reconducir hacia el Derecho administrativo la "nueva realidad de la Administración" [94].

[89] *Vid.* los informes en BUDÄUS y EICHHORN, *Public Private Partnership*.

[90] *Vid.* R. SCHMIDT, *DV*, 1995, pp. 281 ss.

[91] En GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 (82 ss.).

[92] Véanse las consideraciones que se hacen en KOHLER-KOCH y JACHTENFUCHS, *PVS*, 1996, p. 537 (547).

[93] SCHULZE-FIELITZ, *DVBl*, 1994, p. 657 (664 ss.); desde el punto de vista de la ciencia del Derecho administrativo, *vid.* BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 318 ss.

[94] Así se expresa acertadamente DI FABIO, *VVDStRL*, vol. 56, p. 235 (242).

2. *La normalidad de la acción cooperativa*

48. No es fácil, en este terreno, hallar unas bases normativas que resulten fiables y sólidas. Tampoco son suficientes las propuestas de reforma aisladas o los simples reajustes de las categorías existentes. La cuestión es más bien si, y, en su caso, hasta qué punto, la cooperación es susceptible de ofrecer una perspectiva válida y legítima para el análisis de la acción estatal, y, en consecuencia, si puede formar también parte de la dogmática administrativa en términos de normalidad. La doctrina de Derecho público se ha venido guiando hasta ahora por una visión demasiado parcial o unilateral, por una concepción jerárquica del orden estatal, de acuerdo con la cual la ley y su ejecución, la unidad de la Administración y los instrumentos de regulación unilaterales constituían sus elementos determinantes (*vid.* 5/3-6). Pero esa pretendida y amplia concepción de una dirección exclusivamente estatal no se ha dado, con ese grado y alcance, en la realidad. La práctica, en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. Sólo a través de la cooperación con la sociedad puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo. Para ello no bastan los contactos puntuales entre ambas esferas. Más bien resultan necesarias fórmulas de actuación integradas y duraderas que permitan identificar problemas e idear soluciones de forma conjunta. La policéntrica estructura decisoria del Estado se corresponde con la existencia de redes —cuya densidad puede ser muy variable— de relaciones de cooperación entre Estado y sociedad.

49. Los politólogos han sabido destacar el protagonismo y la relevancia de un *modelo de negociación*, que hoy constituye ya un segundo mecanismo ordinario de coordinación, junto con el modelo jerárquico [95]. Cuando se asuman con naturalidad los componentes o elementos de carácter cooperativo que se dan en el proceso político, se podrán entonces analizar de modo sistemático las peculiaridades estructurales de la cooperación, sus ventajas y los peligros que encierra; así como establecer sus relaciones con las formas de funcionamiento del poder público articulado o expresado jerárquicamente [96]. La Constitución no ha optado, con todo, por modelo teórico alguno —ni por el jerárquico ni por el de negociación—. Por el contrario, y en cuanto que Constitución mixta, en ella se aúnan y entran en conexión las distintas modalidades de funcionamiento del Estado. De ahí que el Derecho administrativo deba escapar de una visión reduccionista, meramente defensiva, ante las expresiones del Estado cooperativo. Desde este ángulo,

[95] SCHARPF, *PVS*, 1991, p. 621 (627 ss.); BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 309 ss.; BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 29 ss., 47 ss. y 370 ss.

[96] BENZ, en SEIBEL y BENZ, *Regierungssystem und Verwaltungspolitik*, p. 83 (97 ss.).

tan legítima es la cooperación como indisponibles son las responsabilidades del Estado. En efecto, la legitimidad de las distintas formas de acción cooperativa es tan evidente como, por otro lado, irrenunciable resulta la responsabilidad u obligación del Estado en lo que hace a la iniciativa, organización, moderación y garantía de las prestaciones, y a las técnicas que le son inherentes entre las que se encuentran la producción unilateral de normas y la ejecución forzosa [97]. Incluso cuando la cooperación constituya el supuesto normal, el Estado no será un socio más, sino que, por virtud de las restantes competencias que le asisten, habrá de ocupar una posición especial, que es la que le legitima para actuar al tiempo que le vincula u obliga. El modelo jerárquico y el de negociación no son por completo equiparables o intercambiables. La asimetría existente entre competencia y libertad se pone también de manifiesto en este terreno (*vid.* 1/22-26), si bien no menoscaba la legitimidad de la acción cooperativa. El sistema del Derecho administrativo habrá de preocuparse por darle la adecuada estructuración jurídica a la cooperación; por adaptar e integrar los resultados de la negociación en contextos o sistemas de decisión más amplios; otorgar la adecuada protección a los terceros, y por preservar la capacidad de acción del Estado frente a situaciones cambiantes (*vid.* 6/56-64, 70-73) [98].

C. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

50. Con la expresión "europeización" del Derecho administrativo hacemos referencia al influjo, complitud y transformación de los ordenamientos nacionales a resultas del impacto que producen los actos y las acciones jurídico-comunitarias. Son múltiples las vías de influencia [99], tanto a nivel horizontal entre los distintos sistemas nacionales, como vertical entre las organizaciones internacionales y supranacionales europeas y sus Estados miembros. Constituye un proceso en constante progreso desde hace años. La evolución jurídica hace suya la creciente interacción económica, social, técnica, cultural y administrativa entre los pueblos y Estados, al tiempo que la configura y desarrolla [100]. Seguidamente nos ceñimos al espacio administrativo de la Unión Europea, en particular a la situación de la Administración en la Comunidad Europea. Aquí radica la clave de bóveda de la europeización

[97] Cfr. BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 311 ss.; asimismo, RITTER, en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 69 (87 ss. y 102).

[98] En sentido análogo se expresa SCHULZE-FIELITZ, *DVBl*, 1994, pp. 657 ss.; J. P. SCHNEIDER, *VerwArch*, 1996, pp. 38 ss.

[99] Cfr. RESS, en J. BURMEISTER, *Verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung*, pp. 199 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Lerche*, pp. 513 ss.

[100] Cfr. BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, señaladamente, pp. 65 ss.; KREUZER, SCHEUING y SIEBER, *Europäisierung der Rechtsordnungen*, *pass.*

a la que venimos asistiendo, bien sea por la vía del influjo o impacto del Derecho (I), bien por la de las reformas de las estructuras sobre las que se asienta la acción de la Administración pública (II).

I. La europeización del Derecho a través del Derecho

51. Al Derecho de la Comunidad Europea que despliega sus efectos o influencia sobre los Derechos administrativos nacionales lo denominamos *Derecho administrativo comunitario*. Lo diferenciamos así netamente del Derecho administrativo propio por el que se rige la Administración comunitaria (*vid.* 7/14, 17). De los Tratados fundacionales se infiere la eficacia directa y la primacía del Derecho comunitario y, desde luego, la posición del Tribunal de Justicia como garante de su interpretación y aplicación (art. 164 TCE) *. Las normas escritas y la propia jurisprudencia parecen haberle asignado al Derecho administrativo comunitario dos finalidades u objetivos [101]: de un lado, la reforma interna del Derecho nacional, bien sea a modo de armonización, o bien con la aprobación de normas nuevas; de otro, obliga a que los Gobiernos nacionales adopten las medidas necesarias para que la ejecución del Derecho comunitario resulte efectiva y unitaria, configurando de ese modo la base conceptual de la Administración del espacio comunitario (*vid.* 7/6-11).

1. *Los ámbitos de influencia del Derecho administrativo comunitario*

52. El Derecho administrativo comunitario se halla presente en actos jurídicos comunitarios de todo rango y naturaleza. Al margen de algunos preceptos que forman parte del Derecho originario (como, por ejemplo, los arts. 48.4, 92 y 93 TCE) y de la propia jurisprudencia comunitaria, los Reglamentos y las Directivas constituyen también factores fundamentales de esa europeización. Por lo que se refiere a los *Reglamentos* (art. 189, párrafo 2, TCE) de contenido jurídico-administrativo, destacan hasta el momento las regulaciones sectoriales, como, por ejemplo, las que se han establecido en el ámbito del Derecho agrario o de la política social. Cuando en épocas anteriores los Reglamentos se ocupaban alguna vez de materias propias de la Parte general del Derecho administrativo lo hacían de modo muy puntual y concreto, sin una concepción más amplia o un modelo propio. Esta situación, sin embargo, ha empezado a cambiar y se observa cómo algunas regu-

* *N. del T.*: Hoy art. 220.

[101] Para mayor abundamiento, *vid.* SCHEUING, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, pp. 289 ss., y su distinción entre "instrumentalización" (pp. 298 ss.) y "orientación" del Derecho nacional a través del Derecho comunitario (pp. 331 ss.).

laciones sectoriales más ambiciosas han terminado por convertirse en codificaciones parciales, con una inercia natural a expandirse. En ese sentido, la codificación en materia aduanera de 1992, que regula la forma jurídica que ha de adoptar la decisión (arts. 6 y ss.), el procedimiento administrativo (arts. 84 y ss.) y la protección jurisdiccional de Derecho interno (arts. 243 y ss.), ha sido considerada un primer paso en el camino hacia un Derecho administrativo europeo de carácter uniforme y codificado [102].

53. En la actualidad, la expresión más importante y característica del Derecho administrativo comunitario es la *Directiva* (art. 189, párrafo 3, TCE). Desde hace tiempo, lo que se conoce bajo la denominación de armonización de las legislaciones a través de las Directivas ya no representa simplemente una forma de unificación de concretos y reducidos ámbitos sectoriales, aunque la mayoría de las normas que se siguen aprobando se muevan en ese ámbito. Además de estas Directivas cuyo objeto incide en aspectos o sectores especiales, se dan, en efecto, Directivas susceptibles de afectar a elementos estructurales de los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados miembros. A la finalidad originaria de imponer a los legisladores nacionales criterios de regulación que han de ser ulteriormente transpuestos en los sistemas nacionales se le han añadido dos funciones más [103]: las Directivas constituyen, al mismo tiempo, criterios o cánones de interpretación y, conforme a la jurisprudencia relativa a la eficacia directa de las Directivas indebidamente transpuestas o no transpuestas en plazo, representan también parámetros directos para la Administración de los Estados miembros (*vid.* 2/12) [104]. El Derecho comunitario europeo se ha convertido así en un factor omnipresente en la actividad cotidiana de la Administración. Ya no atañe sólo a las Administraciones sectoriales especializadas en su aplicación, sino que puede cobrar importancia para la actuación de cualquier órgano administrativo, también para la última actividad de la Administración local.

54. El medio ambiente constituye un ejemplo ilustrativo de este estado de cosas, en el ámbito de la *Parte especial del Derecho administrativo* [105]. Dejando al margen la influencia que ha ejercido sobre los ordenamientos nacionales en el terreno de la protección de la naturaleza, el régimen jurídico de las aguas, de las sustancias peligrosas y de la atmósfera, el Derecho comunitario europeo ha venido a crear los elementos esenciales de una Parte general del Derecho del medio ambiente de los Estados miembros. Las Directivas sobre la evaluación

[102] Reglamento (CEE) núm. 2913/92.
[103] *Vid.* JARASS, *Innerstaatliche Bedeutung des EG-Rechts*, pp. 67 ss.
[104] KOENIG, *DVBl*, 1997, pp. 581 ss., con referencias más detalladas.
[105] KOCH, *VerwArch*, 1996, pp. 644 ss.; SCHMIDT-ASSMANN y LADENBURGER, en RENGELING, *Handbuch des deutschen und europäischen Umweltrechts*, en prensa, artículo «Umweltverfahrensrecht».

de impacto ambiental [106], sobre el acceso a la información medioambiental [107] y sobre los procedimientos integrados de autorización [108], así como el Reglamento sobre auditoría ambiental [109], responden a un nuevo modelo en el que los instrumentos clave se basan en una opinión pública informada y en la idea de la autorregulación, modelo éste que parece llamado a sustituir, cuando menos parcialmente, el concepto tradicional en que se ha articulado la competencia estatal de control (*vid.* 6/107-113). También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección del medio ambiente, cuyo volumen ha crecido notablemente en los últimos tiempos, viene destacando, no sólo la influencia en ámbitos materiales específicos, sino también la necesidad de valerse de institutos generales del Derecho administrativo, por ejemplo, de la forma jurídica de la disposición administrativa (*vid.* 6/76).

55. Hace ya tiempo que el influjo del Derecho administrativo comunitario se deja sentir con fuerza en temas como la firmeza del acto administrativo o el procedimiento administrativo de revisión, por lo que hace a la *Parte general del Derecho administrativo* [110]. La autonomía de la legislación nacional de procedimiento administrativo, que es la que, en principio, ha de aplicarse, se encuentra cada vez más afectada como consecuencia de la incidencia de ciertos principios jurídicos de Derecho comunitario [111]. La evolución normativa más reciente afecta igualmente a la responsabilidad patrimonial del Estado [112] y a la tutela cautelar [113]. Y todo ello sin perjuicio de que también quepa registrar ese influjo sobre las normas de Derecho privado a las que se somete la Administración pública, en especial, a las reglas relativas a la adjudicación de los contratos públicos [114]. En términos generales, puede constatarse que la organización administrativa, la teoría de las fuentes del Derecho, las formas jurídicas de la actuación administrativa, los principios generales del Derecho, el procedimiento administrativo y, por último, el modelo de la protección jurisdiccional en el orden administrativo son materias que «han caído en el campo gravitatorio del Derecho administrativo comunitario» [115].

[106] Directiva 85/337/CEE.
[107] Directiva 90/313/CEE.
[108] Directiva 96/61/CE.
[109] Reglamento (CE) núm. 1836/93.
[110] LADEUR, *EuR*, 1995, pp. 231 ss.
[111] *Vid.*, por todas, la STJCE, *Rec.*, 1997, pp. 1769 ss., en relación con el § 48 VwVfG.
[112] PFAB, *Staatshaftung*, pp. 99 ss.; BOHM, *JZ*, 1997, pp. 53 ss.; VON BOGDANDY, *AöR*, 1997, pp. 268 ss., con referencias más detalladas.
[113] SCHOCH, *DVBl*, 1997, pp. 289 ss., con referencias más detalladas.
[114] *Vid.* las contribuciones a SCHWARZE y MÜLLER-GRAFF, *EuR*, 1996, suplemento 1.
[115] Así, como resumen de su detallado análisis, VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, p. 334. *Vid.*, también, las contribuciones de Derecho comparado en SCHWARZE, *Verwaltungsrecht*

2. *Elementos que caracterizan o impregnan el sistema*

56. Dos cuestiones merecen destacarse especialmente: la influencia y efectos que la "europeización" ejerce sobre la posición que ocupa el ejecutivo, de un lado, y sobre la relación del ciudadano con la Administración, de otro.

a) Sobre la posición del Ejecutivo

57. Es de destacar que las reformas o cambios que están experimentando las Administraciones nacionales se sitúan y se expresan en el ámbito de sus respectivos sistemas constitucionales. Ello se pone de manifiesto, en primer término, en la posición que ocupa la Administración en relación con la ley. Téngase en cuenta, en efecto, que el Derecho comunitario ha multiplicado el número de parámetros y de referentes normativos que resultan vinculantes para la Administración, lo que también seguirá sucediendo en el futuro. Con ello se le disputa a la ley parlamentaria una parte de la capacidad directiva de que ha gozado hasta ahora. Además la eficacia y validez a la que aspira el Derecho comunitario respecto de toda acción administrativa lleva consigo el peligro de generar una mayor relajación de la vinculación al Derecho[116], ya que, con frecuencia, las normas de aquel Derecho vienen caracterizadas por su indeterminación y por las dudas que plantea su interpretación, sin que la Administración disponga de vías para obtener un pronunciamiento vinculante en casos de conflicto sobre la interpretación y la vigencia de aquellas normas (*vid.* 2/12, 19).

En segundo lugar, puede apreciarse un desplazamiento de carácter material. Si hasta época reciente puede decirse que la acción administrativa había visto notablemente ampliado su campo de acción, a través de programas muy abiertos, sobre todo en el plano de la conformación del orden social y económico, esa tendencia habrá de acelerarse como consecuencia del ambicioso objetivo que representa la consecución de una unión económica y monetaria (art. 2 TCE). La Comunidad Europea no es sólo una Comunidad jurídica, sino también una "Comunidad gubernamental de carácter político y administrativo"[117]. Sus actos jurídicos proceden, sobre todo, de los Ejecutivos, también en los casos en que se producen con una participación determinante del Parlamento Europeo. Ello trae como consecuencia nece-

unter europäischem Einfluss; sobre el Derecho alemán, SCHWARZE, *ibid.*, pp. 123 ss., con un resumen en pp. 789 ss.

[116] Así, BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, p. 275; VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 204 ss.

[117] Sobre esto, BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, en especial pp. 217 ss.

saria un desplazamiento de los fundamentos de la legitimidad. El principio de separación de poderes, bajo cuya bandera suele tratarse esta cuestión en los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados miembros, se ve completado con nuevos elementos de equilibrio (*vid.* 4/6; 7/43).

b) Sobre la posición del ciudadano de la Unión

58. El sustrato axiológico del Derecho administrativo alemán se fundamenta sobre la posición jurídico-material del individuo. La vinculación a los derechos fundamentales (art. 1.3 GG) y la protección jurisdiccional (art. 19.4 GG) constituyen la base constitucional de este modelo. De esta forma, el derecho público subjetivo se convierte en concepto clave de todo el sistema (*vid.* 2/69). Los elevados niveles de protección que el Derecho administrativo y la jurisprudencia de este orden jurisdiccional otorgan al individuo se han convertido en un sello característico de un Derecho administrativo enraizado en sus bases constitucionales. Aunque también para el Derecho administrativo comunitario la posición jurídica del ciudadano de la Unión constituye un elemento clave (*vid.* 7/29-30, 34-37), sin embargo ésta responde a una inspiración menos centrada en la protección del individuo. En realidad, esa posición jurídica individual parece confundirse o amalgamarse con la defensa de la legalidad objetiva, con la intención de asegurar la efectividad del Derecho. Esto se pone de manifiesto de forma especialmente evidente en dos puntos[118].

59. Al individuo se le ha de reconocer una *legitimación* para que pueda reclamar ante el Estado al objeto de controlar la correcta transposición de las Directivas. Ahora bien, esa legitimación no se basa tanto, como ocurre en el Derecho alemán, en la afectación de los intereses materiales en juego (*vid.* 2/69, 74). Aunque el Derecho comunitario europeo evita la acción popular, la intensidad del interés afectado que desencadena la legitimación es absolutamente genérica y deriva de unos inespecíficos intereses generales. La legitimación para recurrir abarca todos aquellos supuestos en los que la norma comunitaria ha establecido obligaciones inequívocas y terminantes para los Estados miembros, susceptibles de generar, de acuerdo con su naturaleza, relaciones jurídicas directas o inmediatas entre el Estado miembro y el individuo. «De la conexión entre los conceptos de la aplicabilidad directa, la justiciabilidad y el derecho subjetivo resulta una práctica muy generosa en el otorgamiento de la legitimación»[119]. Esta concepción de la legitimación tiene más que ver con el modelo del

[118] VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 230 ss.; MASING, *Mobilisierung des Bürgers*, pp. 21 ss.

[119] Así, EILMANSBERGER, *Rechtsfolgen und subjektives Recht*, p. 197.

control objetivo del Derecho francés que con la doctrina alemana de que la legitimación ha de proceder de la intención de la norma correspondiente de otorgar una protección material a un interés del individuo (*Schutznormlehre*)[120]. El ciudadano de la Unión se pone, de esta manera, al servicio de una efectiva transposición del Derecho comunitario europeo.

60. El Derecho comunitario avanza incluso un paso más en su consciente incorporación de la *publicidad* en el sistema de los controles de la Administración. Esto se ha manifestado en los últimos años en el ámbito del Derecho ambiental de forma especialmente clara (*vid.* 6/109-110). El Derecho toma partido y se preocupa por que la opinión pública sea informada y espera de ella que se interese por las cuestiones ambientales de forma tal que contribuya a la incorporación de las exigencias del Derecho comunitario en los Estados miembros. «La ejecución y la configuración del Derecho ambiental europeo no han de quedar ocultas en las oficinas de los órganos administrativos nacionales, sino que deben hacerse públicas mediante la participación de ciudadanos vigilantes. Con ello se pretende no descargar la responsabilidad sólo en el aparato ejecutivo del Estado, sino movilizar a los propios ciudadanos como administradores del medio ambiente»[121]. En sus programas de actuación ambiental destaca la Comunidad este concepto de la opinión pública informada como un mecanismo adicional de dirección y control.

II. La europeización de las estructuras administrativas

61. El influjo europeo sobre el Derecho administrativo no se produce tan sólo a través de los instrumentos jurídicos, sino también como consecuencia de la creciente interrelación e interdependencia que deriva de las relaciones sociales y económicas a nivel europeo, lo que obliga a asignarle a la Administración nuevas funciones u objetivos, a desarrollar nuevas posibilidades de actuación y nuevas formas de entender la Administración. Son cada vez más frecuentes los asuntos y actuaciones administrativas que despliegan efectos transfronterizos y requieren por ello de una actividad jurídico-administrativa más allá de las fronteras del Estado de origen. El Derecho de la seguridad social, la regulación de los efectos transfronterizos en el Derecho ambiental, y, sobre todo, el Derecho económico ofrecen ejemplos de este fenómeno. En consecuencia, la europeización del Derecho administrativo

[120] Von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 242 ss.; Masing, *Mobilisierung des Bürgers*, pp. 42 ss.; a favor de una adaptación de la doctrina alemana a la que se refiere el texto, Triantafyllou, *DÖV*, 1997, pp. 192 ss.; una explicación en el sentido de una evolución inmanente de dicha doctrina en Ruthig, *BayVBl*. 1997, pp. 289 ss.

[121] Así, Masing, *Mobilisierung des Bürgers*, p. 33.

no consiste tan sólo en la armonización de los dogmas y los valores sino también en el cambio de las estructuras organizativas y de la actuación administrativa.

1. *Funciones y objetivos en la dirección de la economía*

62. La Comunidad nació como comunidad económica. En ese sentido, debe dejarle su espacio propio a la economía, y hacer posible que los procesos económicos se desenvuelvan con su propia dinámica en un mercado sin fronteras internas. Sus libertades fundamentales son libertades relacionadas con el mercado, como la libertad de circulación de mercancías, libre circulación de trabajadores o libre circulación de capitales y servicios[122]. Esta característica impregna toda la actuación y el pensamiento administrativo de la Comunidad. De ahí que la Administración actúe principalmente como una Administración económica de control y dirección. No en vano es en el sector del control de cárteles (arts. 85 y ss. del TCE) y de control de las ayudas de Estado (arts. 92 y ss. del TCE) donde por disposición del propio Tratado constitutivo la Comunidad está dotada de su propia Administración. Naturalmente, la posterior ampliación de los ámbitos políticos de la Comunidad ha traído consigo nuevas tareas administrativas, pero la garantía de un mercado económico abierto dotado de libre competencia ha permanecido como un principio preeminente de la Administración comunitaria (art. 3A.1 TCE)[123]. Cualquier pretensión de gobierno en este ámbito debe establecer, desde el principio, una amplia colaboración con los agentes económicos (*vid.* 1/46). Por tanto, la incorporación de expertos privados y de servicios de inspección privados constituye un complemento natural de la Administración comunitaria, máxime teniendo en cuenta las limitadas capacidades propias de la Administración de la Comunidad. Esta tendencia se desarrolla también en la ejecución indirecta del Derecho comunitario por parte de las Administraciones de los Estados miembros. Así, la política de certificación en el ámbito del Derecho de la seguridad de los productos[124] y determinados instrumentos de la política ambiental, como, por ejemplo, la auditoría ecológica[125], son expresión de una cooperación doble, de un lado, entre la Comunidad y las Administraciones de los Estados miembros y, de otro lado, entre la Administración y

[122] Sobre el tema R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*. Allg. Teil, § 6.III; Brenner, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 65 ss.

[123] En el mismo sentido, Streinz, *WiVerw*, 1996, pp. 129 ss., en concreto, p. 130; más allá va Brenner, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 281 ss., que sustituye el control y la intervención por el concepto de configuración de la economía.

[124] Sobre este tema la comunicación de la Comisión de 15 de junio de 1989 habla de «una política global en materia de certificación y examen», *DO*, serie C, núm. 267, pp. 3 ss.

[125] Sobre el tema, Pitschas, en Lüder, *Staat und Verwaltung*, pp. 269 ss., en concreto, pp. 272 ss.

los agentes económicos. Son diversos los factores que abonan la aparición de un nuevo sustrato o terreno, en el que la emergente acción administrativa se halla urgida a un tratamiento jurídico propio y específico. Así, entre éstos, pueden destacarse la cooperación en determinados procedimientos administrativos y el auxilio o colaboración transfronterizos entre las distintas Administraciones; los mecanismos de intercambio de información, o las instituciones o instrumentos dotados de una eficacia que trasciende las fronteras nacionales, como, por ejemplo, el reconocimiento de la equivalencia de determinados controles de calidad (*vid.* 7/18-19 y 49-51).

2. *Redes de cooperación administrativa*

63. Según resulta de los Tratados comunitarios, la aplicación y ejecución del Derecho comunitario es, prioritariamente, tarea de los Estados miembros. Este principio presupone la construcción de un sistema de cooperación administrativa (*vid.* 7/10-11). Con razón los recientes documentos de la Comisión consideran la cooperación entre los órganos administrativos de la Comunidad y las Administraciones de los Estados miembros como un elemento clave para el logro del mercado común. Las relaciones de cooperación discurren de forma *vertical* entre la Administración de la Comunidad y las de los Estados miembros, pero también de forma *horizontal* entre las Administraciones de los propios Estados. En este sentido deben crearse órganos de contacto para facilitar el intercambio y la formación común de los funcionarios competentes. El trabajo conjunto en redes de datos que se extiendan a toda Europa será algo cotidiano en las Administraciones nacionales. Con ello se crean nuevos modelos de pensamiento comunes que se ajustan no sólo a criterios jurídicos, sino principalmente a planteamientos propios de la teoría económica de la empresa. Así pues, las formas de actuación cooperativas y la orientación hacia la teoría del *New Public Management* [126] constituyen un segundo ámbito de influencia en el que se está formando una conciencia común en la forma de administrar europea, que viene a reforzar la corriente de europeización del ordenamiento jurídico-administrativo nacional.

[126] Al respecto, la exposición que ofrecen BANNER y REICHARD, *Kommunale Managementkonzepte*.

III. Un "contexto europeo de desarrollo"

64. Se han estudiado con profusión las consecuencias o efectos de la europeización del Derecho administrativo nacional [127]. Con todo, cada vez son más frecuentes las críticas frente a este fenómeno [128]. A la hora de enjuiciar estas opiniones, debe tenerse en cuenta que la idea de integración funcional y la estructura finalista del Derecho comunitario generan una dinámica que amenaza con sepultar la normativa, más familiar para el jurista, del Derecho administrativo nacional. A justificar esta critica ha contribuido también el Tribunal de Justicia, que no siempre ha encontrado, tanto por el contenido de sus sentencias como por su estilo, el justo medio entre los requerimientos de una aplicación lo más uniforme posible del Derecho comunitario y el respeto a las instituciones jurídicas nacionales. No sin razón se discute hoy si la europeización impulsada por la jurisprudencia, en su tarea de crear el marco en pro de una ejecución técnicamente razonable del Derecho comunitario, no conducirá más bien a una ruptura del sistema (dogmático) antes que a una aceptable modificación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros [129].

65. Esta tendencia se ve reforzada por el hecho, constatado por la experiencia, de que ese efecto informador del Derecho comunitario no se limita a los supuestos de obligada adaptación, sino que se extiende a otros terrenos del Derecho administrativo sometidos de hecho a una presión armonizadora. A título de ejemplo, cabe señalar que en el futuro no se podrán mantener distintos criterios dentro de los Estados miembros para la protección del principio de confianza legítima respecto de la aplicación del Derecho comunitario, de un lado, y para otros procedimiento de ejecución no sujetos al mismo, de otro. Precisamente porque la teoría general del Derecho administrativo ha servido de medio o instrumento para que se produzcan tales efectos de reforma "que todo lo trascienden" [130], resulta obligado actuar con la máxima prudencia.

66. Por otra parte, sin embargo, no se debe pasar por alto que el Derecho comunitario y la propia Unión están concebidos como

[127] *Vid.* RENGELING, *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug*; SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*; del mismo, *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*; *Battis*, *Verwaltungsrecht*, pp. 14 ss. Sobre el punto de vista francés en este tema ofrecen información los trabajos contenidos en LE MIRE, *Droit Administratif et Droit Communautaire*, número especial de la *AJDA*, 1996.

[128] En tal sentido, RENGELING, *VVDStRL*, vol. 53, pp. 502 ss.; SCHOCH, *JZ*, 1995, pp. 109 ss.; VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, en especial, pp. 334 ss.. También SOMMERMANN, *DVBl*, 1996, pp. 889 ss., en concreto, pp. 892 ss. Sobre el Derecho ambiental, BREUER, *Entwicklungen des europäischen Umweltrechts*.

[129] Una exposición en profundidad y muy aguda nos la ofrece VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, en especial, pp. 187 ss. y 334 ss.

[130] Este concepto se toma de LADEUR, *EuR*, 1995, pp. 227 ss., en concreto, p. 228.

comunidades jurídicas y actúan como tales, sin que exista una distinción categórica entre el pensamiento sistemático con el que estamos familiarizados y el nuevo pensamiento funcional. Así los valores e institutos jurídicos fundamentales están reconocidos en los Tratados y se desarrollaron, a partir de esa base, formas de procedimiento y actuación que aseguran el Derecho, derechos materiales y un sistema eficaz de protección jurisdiccional (*vid.* 7/28-37). Se ofrecen así referencias reconocibles para el Derecho administrativo de los Estados miembros, sin que en cada aspecto, así, por ejemplo, para la tutela cautelar o los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad, quepa esperar una identidad de contenido. Precisamente en las distintas experiencias y modelos de los Estados miembros que utilizan las normas del Derecho comunitario secundario se encuentra un importante acervo para la *innovación jurídica* imprescindible para cualquier sistema de Derecho administrativo. La europeización ofrece, a pesar de algunas exageraciones de la idea de integración funcional, la posibilidad de nuevos principios de desarrollo y, con ello, de elevación de las propias capacidades de aprendizaje [131].

67. La formación del sistema jurídico-administrativo se produce, por tanto, en un "contexto europeo de evolución", al que contribuyen los ordenamientos de todos los Estados miembros. La europeización no puede, por tanto, presentarse sólo como un proceso ordenado jerárquicamente de arriba hacia abajo, sino que se trata de un *proceso de desarrollo recíproco* en el que participan todos los ámbitos de la Comunidad y todos los ordenamientos jurídicos, ya que la adaptación y la armonización de los Derechos nacionales no se puede exigir sin tener en cuenta los propios ordenamientos de los Estados miembros y sin determinar la medida en que es necesaria la unificación teniendo en cuenta los efectos negativos y positivos. Así entendida la europeización, se concibe como parte de una tarea aun más amplia e integradora: el desarrollo de un *Derecho administrativo europeo* que englobe tanto el Derecho administrativo comunitario como el Derecho administrativo propio de la Administración comunitaria y el conjunto de normas que regulan la cooperación administrativa que se está formando en el marco comunitario (*vid.* 7/12-19). De esta forma, el concepto de *recepción jurídica*, propio de la europeización llevada a cabo hasta ahora, se convierte en una *integración jurídica*.

[131] En este mismo sentido, también, LADEUR, *EuR*, 1995, pp. 227 ss.; CLASSEN, en KREUZER, SCHEUING y SIEBER, *Europäisierung der Reschtsordnungen*, pp. 107 ss., en concreto, p. 122.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA COMO OPCIONES CONSTITUCIONALES *

1. «Las decisiones constitucionales fundamentales son, al tiempo, los valores básicos del Derecho administrativo» [1]. Así ocurre con las *opciones constitucionales* en pro de la Unión Europea y de la cooperación internacional, que marcan el camino para que la Administración despliegue su actividad en el exterior y trascienda su acción más allá del ámbito nacional. Por otro lado, en cuanto *normas de carácter estructural*, las decisiones constitucionales fundamentales determinan los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos y ofrecen patrones o modelos para la actuación administrativa. Por último, las normas constitucionales que contienen o regulan los *objetivos y fines del Estado* condicionan también la teoría de las funciones administrativas. En lo que sigue se van a abordar dos decisiones constitucionales primarias: la cláusula de Estado de Derecho y la democracia. Ambas decisiones se contienen, en lo que hace a la ordenación constitucional interna, en el art. 20 GG; y en lo que se refiere a la integración europea, en el art. 23.I GG. Además, el Preámbulo del Tratado sobre la Unión Europea se refiere al Estado de Derecho y a la democracia como intereses compartidos por los Estados miembros; con la aprobación del Tratado de Ámsterdam aquellos intereses compartidos pasarán a formar parte de los principios generales de la Unión Europea. De esta forma, el Estado de Derecho y la democracia son la base

* Este Capítulo, dedicado a la apuesta constitucional por la cláusula del Estado democrático y de Derecho, ha sido traducido por Francisco Velasco Caballero (núms. margs. 1-62), Blanca Rodríguez Ruiz (núms. margs. 63-79) y Javier García Luengo (núms. margs. 80-116).

[1] En este sentido, ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 5, núm. marg. 1.

común del Derecho administrativo alemán y de un Derecho administrativo europeo en construcción.

2. La esencia del Estado de Derecho consiste en garantizar, por medio del Derecho, la libre determinación de las personas. Las tareas principales del Estado de Derecho son: el reconocimiento y delimitación de los ámbitos privativos de los individuos; la garantía de esos ámbitos y su cohonestación con los de los demás a partir de postulados elementales de justicia; y, por último, la articulación de procedimientos jurídicos que conduzcan a la racionalidad. «En el Estado de Derecho es el Derecho el que da forma y medida al Estado, a su eficacia y a la vida colectiva que se desarrolla en su seno» [2]. Eso es justamente lo que significa la caracterización de la Comunidad Europea como "comunidad jurídica" [3]. Y es que también en ese ámbito el Derecho se concibe como el principal instrumento de ordenación e integración [4]. El Estado de Derecho distingue, dentro de la actuación pública, entre dos fases, la de decisión y la de ejecución; de esta forma hace posible la responsabilidad, el control y la corrección. El Estado de Derecho abarca —tal y como muestran el art. 20.III GG y, en términos similares, los arts. 3.B, 4 y 164 TCE (versión Maastricht)— tanto elementos formales como materiales. Y es precisamente la estrecha conexión entre ambos componentes lo que impide minusvalorar el elemento formal. La regularidad procedimental es premisa para la racionalidad de las decisiones públicas; al tiempo, la posibilidad de confiar en el orden jurídico es condición elemental para la libertad. Se trata, en todo caso, de una cuestión de límites: de mesura y respeto ante lo individual. Cierto es que el Estado de Derecho no se agota en la protección de lo individual y lo subjetivo, pues contiene también garantías objetivas que permiten hablar de un orden estatutario y funcional. Pero, con todo, la clave conceptual del Estado de Derecho sigue siendo la libertad individual. De esta forma, el Estado de Derecho se nos muestra como forma de Estado capaz de dejar espacio al individuo, de garantizar la autonomía individual.

3. También la opción constitucional en favor de la democracia posee eficacia configuradora. Varias son las expresiones de esta decisión constitucional: el mandato de legitimación democrática, el doble sistema de legitimidad de la Comunidad Europea, la forma de gobierno parlamentaria, la autonomía local, los fines de transparencia y publicidad, el régimen de la función pública, la ley democrática como instrumento de dirección. Todas estas manifestaciones del principio democrático son elementos clave de una ordenación intrínsecamente orientada al bien

[2] HESSE, en *FG für Smend*, p. 71 (73). *Vid.* también HUBER, *Gerechtigkeit*, p. 57.

[3] Este concepto se utiliza, por ejemplo, en la STJCE, *Rec.*, 1986, p. 1339 (1365), y se remonta a HALLSTEIN; *vid.*, de este autor, *Europäische Reden*, pp. 341 ss.; también del mismo, *Europäische Gemeinschaft*, pp. 51 ss.

[4] STEINBERGER, *VVDStRL*, vol. 50, p. 9 (299 ss.); ZULEEG, *NJW*, 1994, pp. 545 ss.

común y tan relevantes para el Derecho administrativo como las garantías propias del Estado de Derecho. La idea del libre albedrío o autodeterminación se plasma ahora en una forma singular de organización del poder, la encaminada a proteger la libertad. «El poder público, y con él la posición de supremacía de unas personas sobre otras, también está presente en la democracia: no se disuelve en una (mal entendida) identidad entre gobernantes y gobernados; tampoco desaparece con la simple negación del sometimiento a una autoridad superior. El poder público se organiza de tal forma que su ejercicio resulta autorizado, legitimado y controlado por el pueblo, y con ello por los ciudadanos; el poder público aparece como expresión de la libertad y autogobierno del pueblo en los que todos los ciudadanos pueden participar en igualdad de condiciones» [5]. La cláusula del Estado democrático, aun no siendo una mera estructura formal, debe su existencia al respeto a las formas y a las reglas de procedimiento [6]. Por ello, las decisiones de un Estado democrático son, al tiempo, expresiones inconfundibles de democracia. Son decisiones propiamente generales y, en ese sentido, expresión del interés común. De ahí que también en democracia deban guardarse ciertas distancias respecto de los intereses particulares.

4. Tanto el Estado de Derecho como el principio democrático condicionan el Derecho administrativo, pero no de idéntica forma; ambas decisiones constitucionales actúan de forma independiente aunque complementaria. Se proyectan sobre un mismo ámbito: el de las normas de organización y de procedimiento. Los ideales de libertad que caracterizan al Estado de Derecho y a la democracia [7] han de proyectarse sobre el Derecho administrativo conjuntamente y con similar intensidad: el principio democrático necesita del Derecho para poder actuar sobre la realidad administrativa. Al tiempo, el Derecho administrativo —hasta hoy básicamente informado por el principio de Estado de Derecho— necesita del orden democrático para superar su perspectiva meramente reaccional, hoy ya sólo explicable en clave de evolución histórica. «El Estado de Derecho que recoge la Ley Fundamental de Bonn no se limita a llevar a la Constitución una organización política preexistente y un poder soberano ahora sometido a límites. El Estado de Derecho, como el principio democrático, establece también principios y reglas de procedimiento que sirven de base para todo el ordenamiento; principios y reglas con cuya aplicación se asienta y consolida la comunidad política y se hace visible la concreta forma de organización estatal creada por la Constitución» [8].

5. Se trata, tanto con el Estado de Derecho como con la democracia, de someter la actividad social y estatal «a una forma de racio-

[5] BOCKENFORDE, en *HStR*, vol. 1, § 22, núm. marg. 9.

[6] *Vid.* HENKE, *Staat*, 1986, p. 157 (163 y 164).

[7] Sobre esto, de forma sistemática, STARCK, en *HStR*, vol. 2, § 29; también J. P. MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*.

[8] HESSE, *Verfassungsrecht*, núm. marg. 186.

nalidad discursiva», y hacer posible un intercambio ordenado de argumentos [9]. Aquí cobran especial sentido los conceptos de *procedimiento* y *comunicación* [10]: «el Estado como procedimiento» [11]; «el procedimiento como categoría del Derecho estatal y administrativo» [12]. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado la idea de procedimiento en los últimos veinte años, especialmente desde la perspectiva de la protección jurídica. Pero la racionalidad procedimental, el pensamiento o filosofía que subyace al procedimiento, excede de la esfera individual, y sirve para integrar al principio democrático y a la cláusula del Estado de Derecho en el marco de un modelo de comunicación. «La comunicación forma parte del ideal de un Estado vivo. Es no sólo requisito del efectivo disfrute de los derechos individuales, sino también condición para el funcionamiento del Estado y para que éste despliegue su capacidad de modernización» [13]: los diferentes procedimientos jurídicos expresan, en el ámbito del Derecho, la diversidad de fenómenos comunicativos (*vid.* 6/97-101).

SECCIÓN 1.ª Significado del principio de Estado de Derecho

6. El principio de legalidad, la separación de poderes, los derechos fundamentales y la tutela judicial son, tal y como muestra el Derecho comparado, piedras angulares del principio de Estado de Derecho en Europa [14]. La Constitución las garantiza a través de una serie de normas concretas que, a su vez, son la base para diversos subsistemas de normas administrativas [15]. Así ocurre con el sometimiento a los derechos fundamentales (art. 1.III GG), la separación de poderes (art. 20.II GG), la vinculación a la Ley y al Derecho (art. 20.III GG) y la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 34 GG). Especial relevancia presenta la dogmática de la tutela judicial efectiva (de carácter o contenido jurídico-administrativo), que tiene su base en el art. 19.IV GG (*vid.* 4/56-59). También el Derecho comunitario europeo contiene garantías específicas en relación con los actos jurídicos (arts. 189-192 TCE), la tutela judicial (art. 164 TCE) y la responsabilidad patrimonial (art. 215.2 TCE). El Tratado asimismo garantiza —en los arts. 3b y 4 TCE— los principios de proporcionalidad y de competencia (*vid.*

[9] Así, en relación con el Estado de Derecho, DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 447.

[10] PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, en especial, pp. 135 ss. y 401 ss.

[11] KRÜGER, *Staatslehre*, pp. 197 ss.

[12] Así, LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren*.

[13] HILL, en SIEDLER, *Lean Administration*, p. 49 (52) [illegible]; *vid.* también CZERWICK, *DÖV*, 1997, pp. [illegible] ss.

[14] Sobre esto, las diversas aportaciones en HOFMANN, MARKO, MERLI y WIEDERIN, *Rechtsstaatlichkeit*.

[15] Sobre esto, STERN, *Staatsrecht*, vol. I, § 20 IV; *vid.* también SCHMIDT-ASSMANN, en *HStR*, vol. 1, núm. marg. 24, núms. margs. 46 y ss., y 69 y ss.; ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 5, núms. margs. 2 y ss.

7/28-37). Es claro, con todo, que no todas las cuestiones encuentran respuesta en estas específicas garantías [16]. Así ocurre, por ejemplo, con el Derecho de organización y del procedimiento administrativo, así como con el principio de eficacia de la acción administrativa. En estos casos resulta necesario acudir directamente al principio del Estado de Derecho, en la forma en que los arts. 20 y 28 GG o el art. F1 del Tratado de Ámsterdam lo tienen reconocido. Esta base o conexión muestra a las claras que es en el marco de aquel principio general donde las concretas garantías positivadas toman sentido e *interaccionan*: se sostienen y complementan mutuamente; y, en ocasiones, incluso se limitan recíprocamente [17]. El principio es más que la suma de sus partes. «Lo relevante es que el pensamiento no actúa en forma "lineal", en *una* sola dirección, sino siempre por medio de la contraposición: el principio se obtiene a partir de sus concreciones, y éstas cobran sentido a partir de la conexión interna que proporciona el principio» [18]. Entre los componentes del principio de Estado de Derecho más relevantes para el Derecho administrativo se cuentan la vinculación del Poder Ejecutivo al Derecho (A) y la eficacia de los derechos fundamentales (B). De aquí derivan otras concretas piezas que integran el sistema jurídico-administrativo y que también sirven como garantía para el Estado de Derecho (C).

A. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO

7. La función ordenadora y conformadora propia del Derecho exige que toda la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico. El Derecho regula las relaciones de la Administración con su entorno y, hacia dentro, con su propia organización. Legitima, disciplina y hace eficaz la actuación administrativa. La importancia del Derecho para la ordenación y disciplina del poder está en la base misma de la elaboración científica del Derecho administrativo. Más aún: en varias fases de su historia común el Estado de Derecho y el Derecho administrativo prácticamente han llegado a identificarse [19]. La afirmación de que el Estado de Derecho es «el Estado dotado de un Derecho administrativo completo» [20] se cita hoy, en ocasiones, como ejemplo de una concepción apocopada del Estado de Derecho. Estamos, en todo caso, ante la manifestación primaria de una gran tarea: la disciplina y racionalización de la actuación estatal [21]. En un

[16] En contra, KUNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, en especial, pp. 457 ss.

[17] Así, en relación con el art. 19.4 GG: *BVerfGE*, 60, 253 (267); *BVerwGE*, 67, 206 (209).

[18] LARENZ, *Methodenlehre*, p. 475.

[19] STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, p. 382, sobre la situación en la segunda mitad del siglo XIX.

[20] Así, O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, vol. 1, p. 58.

[21] *Vid.*, refiriéndose a los diversos conceptos de Derecho administrativo, STENGEL, *ZgS*, 1882, pp. 219 ss.

primer momento, la antigua doctrina sobre la especialidad de las relaciones funcionariales y de los establecimientos públicos aún permitió la identificación de ámbitos de exclusión del Derecho. Pero la relación especial de sujeción siempre fue una anomalía que, tarde o temprano, había de enfrentarse al «clima de juridificación» (STOLLEIS).

8. El significado actual del Derecho es cuestión que necesita de una elaboración sistemática en la que se tengan en cuenta sus distintas expresiones (como Derecho material y como Derecho procedimental y organizativo) y sus distintos niveles (Derecho nacional, europeo e internacional). El principio de vinculación al Derecho es el instrumento que hace posible la dirección de la Administración, tanto externa (mediante los dictados de la Comunidad Europea y de la Ley parlamentaria), como interna, mediante el Derecho aprobado por la propia Administración; y hace posible, también, el control judicial. El principio de vinculación al Derecho es, en este sentido, el engranaje más importante en un sistema complejo de división de poderes. La vinculación de la Administración al Derecho (*"government according to law"*, *"principe de légalité"*) es un pilar común de los ordenamientos administrativos europeos [22].

Desde la perspectiva del Derecho también hay que tomar en consideración otras *"orientaciones normativas"* (HOFFMANN-RIEM) que condicionan la actuación administrativa; es el caso de la eficiencia, la flexibilidad o el consenso o búsqueda de la adhesión o aceptación. Su consideración en el marco del sistema jurídico-administrativo exige del Derecho administrativo una continua disposición para acoger metodológicamente las experiencias de otras disciplinas, tener en cuenta sus reflexiones y así desarrollar una forma propia de trabajo interdisciplinar. Este tema venía siendo tratado, a menudo, como un asunto de relaciones entre el Derecho administrativo y la ciencia de la administración [23]. Hoy, el debate de las ciencias sociales en torno a la "dirección" aporta un nuevo marco para comprender las conexiones del Derecho administrativo con otras disciplinas y ofrecer un contexto científico más amplio para la dogmática, con la ayuda de conceptos o categorías-puente —como los conceptos de "tarea administrativa" o del "grado de legitimación"— (*vid.* 2/98-99; 3/88-91).

I. La vinculación al Derecho como sistema

9. La comprensión —en toda su extensión— del principio de vinculación o sometimiento de la Administración al Derecho, así como su plasmación en la práctica, es cualquier cosa menos una empresa

[22] Cfr. TRIANTAFYLLOU, *Vertragsvorbehalt*, pp. 110 ss.

[23] Sobre esto, fundamental, KONIG, *Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft*, en especial, pp. 167 ss.

fácil. El propio enunciado de que la vinculación es a "la Ley y al Derecho" (art. 20.III GG) anuncia ya, de entrada, importantes discusiones de fondo. En la doctrina tradicional sobre la "ejecución" de la Ley priman, con frecuencia, concepciones excesivamente simplificadas que no aciertan a captar la variedad de formas directivas del Derecho (*vid.* 4/38-42). La eficacia limitada de la norma abstracta como instrumento de dirección, a lo que se ha referido reiteradamente la metodología jurídica [24], apenas si ha merecido consideración en la dogmática jurídico-administrativa. Y es que aquí la cuestión de la vinculación no se detiene en el problema de los concretos supuestos de hecho y su aplicación; aquí se trata de dar satisfacción a diversas fuentes concurrentes de vinculación. Precisamente en esa diversidad están las oportunidades, exigencias y peligros de la deseada vinculación al Derecho.

1. *Parámetros vinculantes*

10. De entre los parámetros vinculantes, la Ley sigue ocupando una posición preferente (*vid.* 4/7). La diversidad de fuentes de vinculación normativa se pone de manifiesto cuando a la Ley se suman el Derecho constitucional y el judicial, el Derecho internacional y el comunitario, y, por último, el Derecho dictado por la propia Administración. Con el término Ley se hace referencia, exclusivamente, a la Ley parlamentaria. Esto es, aquella decisión parlamentaria aprobada con la forma y conforme al procedimiento que para las leyes establece la Constitución. No se hace referencia, por tanto, a un concreto contenido normativo. Así que además de las numerosas leyes de carácter abstracto y general, también despliegan su eficacia vinculante las leyes-medida, las leyes de caso único, las leyes presupuestarias y otras leyes organizativas. La Ley es tanto norma de autorización como crédito presupuestario, regla de procedimiento o estatuto orgánico. Esta diversidad de manifestaciones directivas es muy relevante para la doctrina de la vinculación de la Administración al Derecho. El pensamiento jurídico-público alemán no permite considerar a las leyes como simples reglas procedimentales, pues deben contener también preceptos materiales; pero tampoco permite limitar la vinculación al Derecho a sólo preceptos materiales y programas directivos.

11. La vinculación de la Administración al Derecho parte de la Constitución. El sometimiento a los derechos fundamentales está enunciado expresamente en el art. 1.III GG, siendo además una consecuencia elemental de la naturaleza normativa de la Constitución [25]. Más allá de los derechos fundamentales la Administración encuentra en el Derecho constitucional un segundo grupo de parámetros. Otros

[24] Sobre esto véanse las explicaciones de LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 155 ss., p. 271.

[25] Sobre esto, STERN, *Staatsrecht*, vol. I, epígrafes 3 III 2 d y 10 c, así como 4 *passim*.

enunciados constitucionales condicionan, integran y limitan los ámbitos de configuración administrativa que conceden las leyes. La vinculación de la Administración a la Constitución ha alterado de forma decisiva la práctica administrativa. «La conexión inmediata del aplicador de la Ley con la Constitución lleva a la vigencia de los principios constitucionales fundamentales en la tarea de aplicación diaria del Derecho» [26]. Lo cual, por lo demás, puede conducir a sensibles relativizaciones en la vinculación de la Administración a la ley. El art. 20.III GG parte de la realidad de esa merma en la eficacia directiva de la ley. Pero prevé un procedimiento para la solución de aquellos casos en que se plantea la opción entre la aplicación de la ley o —si la ley no casa con la Constitución— su posible inaplicación por la Administración. A tal fin sirve, fundamentalmente, el control abstracto de constitucionalidad del art. 93.1.2 GG.

12. El *Derecho de la Comunidad Europea* ha cobrado fuerza como nueva fuente de posible vinculación de la Administración. Gran parte del Derecho comunitario es de aplicación directa y debe ser considerado como Derecho interno por cada aplicador nacional del Derecho [27]. Las Administraciones de los Estados miembros han de observar, en especial, los Reglamentos comunitarios del art. 189.2 TCE. Además, el Derecho comunitario originario contiene numerosos preceptos que inciden de forma directa en asuntos administrativos de los Estados miembros. En este ámbito se plantean algunos problemas aplicativos, dado que los textos del Derecho europeo originario a menudo no separan con precisión las declaraciones políticas de las normas jurídicas.

Un problema especial lo suscitan las Directivas comunitarias (*vid.* 1/53). Éstas se dirigen, en principio, no a los Poderes Ejecutivos, sino a los legisladores de los Estados miembros (art. 189.3 TCE). Según doctrina consolidada del Tribunal Europeo, aquellas Directivas despliegan efectos inmediatos cuando no son traspuestas puntual y fielmente [28]. Para esta doctrina es muy relevante la perspectiva de la integración europea. Pero no puede pasarse por alto que hace muy compleja la vinculación jurídica de las Administraciones nacionales. Téngase en cuenta que las Directivas llegan prácticamente a todos los campos, así que su cumplimiento no es sólo asunto de Ministerios y Administraciones especializadas. De forma inequívoca se ha dicho que «allí donde se cumplen todos los requisitos enunciados por el Tribunal Europeo para que los particulares puedan invocar los preceptos de una Directiva ante los Tribunales nacionales, allí también están

[26] OSSENBÜHL, en *HStR*, vol. 3, § 61, núm. marg. 27.

[27] JARASS, *Innerstaatliche Bedeutung des EG-Rechts*, pp. 67 ss.

[28] Es esencial, en este punto, la siguiente sentencia: STJCE, *Rec.*, 1974, p. 1337 (1348 y 1349). En esta sentencia se expresa una doctrina constante del Tribunal, aceptada como creación jurisprudencial del Derecho por *BVerfGE*, 75, 223 (240 y ss). Sobre esto, en extenso, JARASS, *Innerstaatliche Bedeutung des EG-Rechts*, pp. 71 ss.

obligadas las Administraciones públicas, incluidos los Municipios y otras Administraciones territoriales, a aplicar tales preceptos» [29]. Esta jurisprudencia ha desembocado en la doctrina del carácter objetivamente vinculante de toda Directiva transpuesta indebidamente, siempre que sus preceptos sean claros y precisos [30]. Ahora bien, detrás de esa eficacia vinculante, en apariencia sencilla, se encuentran serias dificultades. La primera está ya en el simple conocimiento de todas las posibles Directivas aplicables, tarea que incumbe incluso a las Administraciones inferiores [31]. Además, la eficacia inmediatamente vinculante de las Directivas exige siempre una consideración preliminar sobre si el legislador nacional ha transpuesto fielmente o no una Directiva, cuestión ésta a menudo controvertida. Para aclarar esta cuestión se puede acudir al Tribunal Europeo; el inconveniente es aquí que el Ejecutivo, a diferencia de los órganos judiciales, no está legitimado en el más importante de los procedimientos ante el Tribunal, la cuestión prejudicial del art. 177 TCE [32].

13. En el futuro también el Derecho internacional incidirá con mayor frecuencia en la actuación administrativa. La eficacia vinculante de las normas generales del Derecho internacional, que conforme al art. 25 GG es fuente de derechos y obligaciones individuales, apenas si ha tenido relevancia práctica en muy concretos ámbitos administrativos con trascendencia internacional, pero no en las tareas cotidianas de la mayoría de los órganos administrativos. En los últimos tiempos ha ido cobrando peso el Derecho internacional convencional, en especial los Tratados sobre derechos humanos; en este sentido ocupa una posición muy destacada el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, de cara a las distintas Administraciones, vincula como cualquier Ley federal. En esta línea, el Derecho internacional convencional irá aumentando progresivamente su importancia como fuente de vinculación de la Administración. Y no sólo en materias como extranjería y tributos, sino también en el amplio campo del Derecho ambiental. Pero, al tiempo, también irán surgiendo dificultades en relación con estos patrones o parámetros de vinculación administrativa, pues se trata de reglas elaboradas en un contexto internacional que con frecuencia no casan con las sutilezas propias del Derecho especial de cada país. Por lo demás, allí donde los Tratados internacionales —como, por ejemplo, el CEDH— cuentan con instrumentos propios de protección, de los que puede resultar una interpretación uniforme de los Tratados, las Administraciones nacionales están sin duda vinculadas a aquella jurisprudencia.

[29] STJCE, *Rec.*, 1989, p. 1839 (1871).

[30] STJCE, *Rec.*, 1995, p. 2189 (2224 § 39); sobre esto, EPINEY, *DVBl*, 1996, pp. 409 ss.

[31] Cfr. MOGELE, *BayVBl*, 1993, p. 552 (555); KOENIG, *DVBl*, 1997, p. 581 (587).

[32] Sobre esto, SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Stern*, p. 745 (760).

14. La vinculación jurídica comprende también, finalmente, el sometimiento al Derecho dictado por la propia Administración; se trata, principalmente, de los Reglamentos y de los Estatutos u Ordenanzas administrativos (*vid.* 6/74-77). Las normas administrativas son un instrumento imprescindible para la dirección de una Administración extensa. Por un lado, concretan lo dispuesto en la ley y de esta forma permiten que el Poder Ejecutivo reaccione con flexibilidad ante nuevos datos o situaciones cambiantes. Al tiempo, las normas administrativas facilitan la necesaria autoprogramación de la Administración. De esta forma, numerosos planes administrativos se formulan como normas jurídicas: así, los planes de urbanización en forma de Estatutos, o algunos planes regionales en forma de Reglamentos. Por último, la vinculación de la Administración a sus propias normas garantiza el sometimiento al principio de igualdad, pues las normas administrativas definen supuestos de hecho que, en general, contiene parámetros más precisos que las leyes.

El Poder Ejecutivo también está vinculado a las disposiciones administrativas internas. Según una concepción tradicional, estas disposiciones administrativas no son verdaderas normas jurídicas, lo cual no impide que, según esta misma doctrina, gocen de eficacia vinculante: los órganos inferiores están sometidos al poder directivo de las autoridades superiores. En líneas generales esta eficacia vinculante de las disposiciones administrativas se extrae del principio de igualdad (art. 3 GG). Hay que señalar, con todo, que aquí no estamos ante una vinculación de la Administración al precedente, sino a la «voluntad normativa de la Administración» (Ossenbühl). Las disposiciones administrativas se pueden entender hoy como normas jurídicas con un alcance vinculante peculiar y relativo (*vid.* 6/76).

2. *La vinculación de la Administración mediante la aplicación del Derecho*

15. De la diversidad de enunciados jurídicos que vinculan a la Administración resulta no sólo un alto grado de sometimiento de la Administración al Derecho, sino también un importante riesgo de conflictos. No es correcto afirmar que cuanto mayor sea el número de normas más perfecta habrá de ser necesariamente la ordenación jurídica de la actividad administrativa y que, con ello, más gana el Estado de Derecho. Trasladar las diversas vinculaciones jurídicas al quehacer administrativo diario (esto es, aplicar todas las normas en cada supuesto concreto) es una tarea que, incluso desde un perspectiva jurídico-metodológica, resulta complicada. En esta tarea hay que distinguir entre la aplicación de normas jurídicas concretas y la cohonestación del acervo normativo que vincula a la Administración.

a) Aplicación de normas jurídicas a casos concretos

16. La aplicación de la norma jurídica a cada caso concreto es la forma elemental —y a la par fundamental— de hacer eficaz la vinculación de la Administración al Derecho. La doctrina jurídica se viene ocupando preferentemente de este aspecto dentro del tema general de la vinculación normativa. Se distinguen de esta forma varios niveles de intensidad en la vinculación aplicativa de la Administración: vinculación estricta, donde la consecuencia jurídica tiene carácter necesario; y vinculación flexible, mediante la apertura de un ámbito de discrecionalidad aplicativa o libertad de configuración administrativa [33]. La aplicación de la norma jurídica se articula, conforme a los patrones de la metodología jurídica, a través de tres escalones: interpretación, fijación de los hechos del caso y subsunción. Ése es el mecanismo esencial para la dirección normativa de la Administración y, al tiempo, el fundamento de la confianza de los ciudadanos en la eficacia de las normas.

17. Ahora bien, el esquema aplicativo descrito no puede entenderse como algo mecánico. Los tres escalones cognitivos contienen elementos valorativos que, en razón de las diferencias intersubjetivas, impiden una aplicación uniforme [34].

— La *interpretación de la norma* carece de un único canon metodológico; más bien se da una combinación de distintos métodos interpretativos. A ellos se superpone, además, la exigencia de interpretación conforme con la Constitución. Y aún se añade la interpretación conforme con el Derecho comunitario —en especial con las Directivas—; este último instrumento interpretativo, si bien goza de reconocimiento, resulta aún incierto tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias [35]. La interpretación conforme debe abarcar todo el Derecho nacional, no sólo las leyes dictadas para la transposición de Directivas; y debe vincular no sólo a los Tribunales, sino también a las Administraciones de los Estados miembros [36]. Todo esto tiene pleno sentido desde la perspectiva de la integración política, pero no se puede obviar la existencia de otras consecuencias ciertamente cuestionables. Tanto el Derecho constitucional como el Derecho comunitario se sirven a menudo de conceptos normativos muy amplios, y en la misma medida

[33] Stern, *Staatsrecht*, vol. 2, § 41 III 3 c; con una distinción de más alcance entre conceptos normativos determinados e indeterminados, Wolff, Bachof y Stober, *Verwaltungsrecht I*, § 31 II-V.

[34] Sobre esto, Larenz, *Methodenlehre*, pp. 271 ss. En relación con los criterios de la interpretación normativa, en detalle: Brugger, *AöR*, 1994, pp. 1 ss.

[35] *Vid.* Brechmann, *Richtlinienkonforme Auslegung*; Rodríguez Iglesias y Riechenberg, en *FS für Everling*, vol. 2, pp. 1213 ss.

[36] Jarass, *Innerstaatliche Bedeutung des EG-Rechts*, pp. 92 y 93.

inciertos. Por el contrario, el principio de vinculación de la Administración requiere necesariamente un cierto grado de precisión. No se puede perder de vista el peligro de que los intereses de cada uno encuentren apoyo en criterios normativos imprecisos, y que de esta forma se infiltren sin control en la estructura de la norma jurídica.

— La *necesidad de determinar con precisión los hechos* de cada caso tiene lugar no sólo ante circunstancias fácticas técnicamente complejas y que rayan en lo indescifrable. La europeización e internacionalización —de las que resultan múltiples situaciones fácticas transfronterizas— proyectan nuevas dificultades cognitivas sobre la Administración, así como nuevos requerimientos al sistema probatorio; y todo ello en una extensión hasta ahora desconocida.

— Finalmente, la fiabilidad de la *subsunción* depende de que el volumen de información que ha de manejar el aplicador sea abarcable. Esto difícilmente se cumple a la vista de los extensos catálogos de fines y cláusulas de ponderación que contienen las leyes, así como de las exposiciones explicativas que guían la aplicación del Derecho comunitario. Por su parte, los supuestos de hecho normativos, aunque vistos con frecuencia como programas con decisiones predeterminadas, resultan de hecho demasiado imprecisos como para vincular al Ejecutivo.

b) Cohonestación del sistema de parámetros vinculantes

18. La aplicación del Derecho en el caso concreto no consiste sólo en que la Administración cumpla una concreta norma jurídica. Más bien exige tener presentes todas las normas jurídicas que guardan relación con el asunto; y saber también relacionar sistemáticamente todas aquellas normas. Para ello es necesario recurrir a las reglas generales de la hermenéutica relativas a la primacía del Derecho superior y del Derecho especial, esto es, la jerarquía y la especialidad. Pero también hay que tener en cuenta criterios de prelación específicos entre, por ejemplo, Reglamentos y normas dictadas por organizaciones públicas con poder de autorregulación: Estatutos u Ordenanzas. Especialmente compleja resulta la cohonestación normativa allí donde la vinculación administrativa resulta de la confluencia de dos órdenes normativos, el Derecho europeo y el Derecho constitucional, que pugnan por el mayor rango de sus normas [37]. Además, la concurrencia tiene lugar entre normas de muy diferente estructura técnica y a cuya influencia recíproca hay que prestar atención: Derecho procedimental y material, Derecho presupuestario y atributivo de competencias, Derecho constitucional y legalidad ordinaria. Dar cumplimiento simultáneo

[37] Sobre el superior rango del Derecho comunitario y sobre la limitación del alcance de este rango mediante el Derecho constitucional, A. SCHMITT GLAESER, *Grundgesetz und Europarecht*, pp. 92 ss., con más datos.

a todo este entramado normativo, así como armonizar la vigencia de todas aquellas normas, son tareas ciertamente exigentes.

19. Llegados a este punto se puede observar que lo que se ha formulado como vinculación pasiva de la Administración a la Ley y al Derecho ha de entenderse en la realidad, más bien, en forma activa, como un encargo de concreción normativa que debe realizarse de forma rigurosa y ordenada. El cumplimiento de esta tarea precisa de una especial lealtad hacia el Derecho, señaladamente allí donde el Derecho se muestra menos susceptible de ser aplicado. La cohonestación del programa normativo no puede convertirse en una suerte de precipitada ponderación general en la que se mezclen sin orden normas de diversa eficacia, o el Derecho especial con el general. Ahí está presente el *peligro de sometimiento selectivo al principio de legalidad.*

En este contexto, la Jurisdicción administrativa contribuye a despejar las incertidumbres descritas. Su tarea de interpretación última y vinculante de las normas jurídicas, así como de armonización de unas disposiciones con otras, trasciende del caso concreto: cumple una función de clarificación y estabilización (*vid.* 6/60). Hay, con todo, ámbitos administrativos que rara vez pasan por los Tribunales; aquí la doctrina no puede abandonarse a lo que resulte de la función judicial. Es preciso, en estos ámbitos, reconocer abiertamente que el Derecho tiene una eficacia directiva limitada; partiendo de ese reconocimiento corresponde a la doctrina elaborar una teoría de la aplicación normativa que vaya más allá de un *esquema aplicativo de la Ley* que sólo presta atención al contenido material de las normas. La dogmática jurídica debe moderar su propia tendencia y colaborar a la claridad y univocidad del Derecho, perfeccionando con creciente precisión el mandato de vinculación jurídica.

II. La eficacia del Derecho

20. La vinculación de la Administración no es un enunciado o postulado teórico y abstracto, sino un mandato constitucional llamado a ser eficaz. Para que se pueda hablar de "eficacia" jurídica es preciso, en primer lugar, una cierta capacidad para la conformación *ex ante* de las relaciones sociales; y junto a ello, la existencia de instrumentos que hagan posible la imposición *ex post* de ese Derecho.

1. *El grado de juridificación como factor de eficacia*

21. La juridificación a que se hace referencia abarca dos aspectos. Se trata, por un lado, de establecer aquellos programas de carácter *material* que sean necesarios para la adopción de decisiones; y que

sean capaces de recoger los intereses y problemas específicos de cada concreto ámbito de la realidad que se pretende disciplinar. A este propósito no sólo resultan decisivos los supuestos de hecho que contienen las leyes sectoriales, sino también los parámetros jurídicos que con carácter general ordenan la actuación administrativa, fundamentalmente los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad. El segundo aspecto de la juridificación consiste en el establecimiento de un adecuado orden procedimental, sancionador y de fiscalización que articule la aplicación de los parámetros materiales. De esta forma, a la faceta material de la juridificación acompaña otra faceta *instrumental*. Al sistema primario de parámetros normativos debe acompañar un sistema secundario sancionador o de consecuencias jurídicas, y cuyos elementos más importantes son: la teoría de los vicios de los actos del poder público, la responsabilidad patrimonial del Estado y las posibilidades de tutela judicial.

22. Todo propósito de juridificación ha de llevarse a cabo con plena conciencia de que el Derecho tiene una capacidad limitada como instrumento de dirección, cuestión ésta que quedó ya clara cuando se hizo referencia a la vinculación de la Administración al Derecho. En la labor de juridificación se ha de partir por reconocer que la actividad administrativa no está guiada únicamente por parámetros jurídicos, sino asimismo por otras directrices u "orientaciones normativas", tales como, por ejemplo, los principios administrativos de eficiencia, flexibilidad y búsqueda del consenso y la adhesión del destinatario (*vid.* 6/82-88). La suma de estos parámetros conforma lo que en sentido amplio se puede denominar *racionalidad* de la actuación administrativa (*vid.* 2/75-78). No se trata de juridificar esos parámetros en la forma más amplia posible. Por eso, sólo se puede hablar de un "primado del Derecho" [38] en la medida en que el Derecho debe establecer también los procedimientos para dotar de eficacia a aquellas otras orientaciones o directrices, así como los correspondientes mecanismos de control y sancionadores.

23. La concepción descrita no ha sido seguida de forma invariable en la evolución jurídica reciente. Así, a la frecuente crítica vertida frente al creciente flujo normativo le ha seguido paradójicamente una exigencia cada vez más intensa de adecuación de la actuación administrativa a los fines de las normas (a través del control que permite el principio de proporcionalidad). En estas tendencias late una comprensión errada del mandato de juridificación propio del Estado de Derecho; tales yerros surgen cuando los distintos elementos o piezas que componen el Estado de Derecho se consideran de forma aislada, en lugar de contemplarlos de forma interrelacionada en un contexto más amplio. La bienintencionada pretensión de maximizar un deter-

[38] Este concepto, en STERN, *Staatasrecht*, vol. I, § 20 IV 4 y 5.

minado elemento del Estado de Derecho (como la tutela judicial, o determinadas garantías procedimentales o indemnizatorias) plantea un dilema, a saber, que el propio Estado de Derecho pierda su pureza, que se ponga en entredicho su consistencia y equilibrio interno [39]. Por ese camino el principio del Estado de Derecho no logrará impregnar e influir en profundidad el entero Derecho administrativo. Más bien, una excesiva dirección hace que las decisiones políticas, apegadas a cada coyuntura, tengan su propia autonomía. Con ello se daña al propio Derecho. Se ha dicho, y con razón, que la indeterminación y apertura o remisión a la ponderación de muchas normas jurídicas actuales son consecuencia de una pretensión exagerada de dirección por medio del Derecho [40]. El Estado de Derecho, en tanto Estado de la prudencia y de la medida, requiere también cierta mesura en el uso de las fuentes del Derecho [41].

a) Reservas de juridificación

24. La dogmática jurídico-administrativa se limita a proporcionar criterios generales sobre el manejo de las fuentes del Derecho, pero deja en manos de la política la identificación de los ámbitos o situaciones donde debe dictarse una nueva norma (legal, reglamentaria o interna). La dogmática jurídica proporciona criterios ciertos para la identificación de los ámbitos en los que la Administración sólo puede actuar si existe una previa norma jurídica (reservas de juridicidad). Para saber cuándo es exigible una previa norma parlamentaria contamos con la dogmática de la reserva de ley (*vid.* 4/15-25); en otros ámbitos se habla de una simple reserva de norma jurídica, esto es, no se exige la existencia de previas normas legales, sino que se admiten también normas jurídicas dictadas por la Administración (*vid.* 6/74-77), en especial Reglamentos y Estatutos. La autoprogramación administrativa que pretenden estas normas sirve, fundamentalmente, a la transparencia propia del Estado de Derecho y a la uniformización de la práctica administrativa [42]. A la vista de las deficiencias directivas de la Ley parlamentaria cobra renovada importancia la reserva de norma jurídica, en tanto exige una «programación directiva de segundo nivel». En esa función también se pueden incluir a las disposiciones administrativas internas. Así, por ejemplo, puede considerarse necesario que los criterios preventivos del Derecho sobre inmisiones contami-

[39] SCHMIDT-ASSMANN, en *HStR*, vol. 1, § 24, núm. marg. 97. Sobre el efecto "Midas" del Derecho constitucional, comparable al descrito, HAVERKATE, *VDStRL*, vol. 46, p. 217 (p. 251).

[40] Cfr. las aportaciones de KÜBLER, *Verrechtlichung*.

[41] Cfr. LERCHE, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 83, núm. marg. 17; STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 20 IV 4 y 5, p. 831.

[42] Claramente, por ejemplo, en la reserva de Estatuto propia del Derecho local (§ 2 KAG BW).

nantes queden fijados de antemano en disposiciones administrativas técnicas; pues de otra forma —a través de la aplicación de la ley en cada caso— no sería posible identificar con seguridad los criterios que rigen la materia [43]. Podemos hablar, incluso, de una "reserva de previo criterio" que rige cuando una Administración se decide a actuar contra situaciones ilegales que ha tolerado durante largo tiempo. Ciertamente que la Administración puede actuar, pero en ese estadio de precaria vigencia del Estado de Derecho debe empezar por sentar un criterio sobre cuál va a ser su actuación y contra qué tipo de infractores se va a dirigir. Un previo criterio general de esas características no precisa de formalización jurídica, pero debe ser identificable. De nuevo hay que recalcar que el mandato de juridificación actúa siempre en contextos o ámbitos determinados; esos contextos los determinan las propias normas o los ha identificado la doctrina para supuestos especiales. En suma, el Estado de Derecho no exige la juridificación de toda la actuación administrativa.

b) Intensidad de la juridificación

25. Incluso allí donde se exige una previa ordenación jurídica pueden darse muy diferentes intensidades regulativas. El Estado de Derecho no exige la maximización de la regulación: El mandato de precisión normativa no obliga al legislador a definir todos los supuestos de hecho normativos mediante referencias exactas y precisas (*vid.* 4/28-35). Algo similar puede decirse para otros elementos integrantes del Estado de Derecho, como la garantía de tutela judicial: los Tribunales no están obligados a extender los mecanismos de tutela judicial a cualquier situación imaginable. Esta necesaria diferenciación en las garantías del Estado de Derecho se pasa por alto con excesiva frecuencia.

Un buen ejemplo de modulación de las garantías del Estado de Derecho lo tenemos en la *relación especial de sujeción*: en tanto «situación de libertad limitada en la que el afectado en una buena medida ha de plegarse a lo que en cada caso reclamen los objetivos propios de la Administración» [44], aquella categoría jurídica había servido, en el Derecho administrativo anterior, para dar sentido a nuevas formas de organización de la Administración [45] *. Bajo la Ley Fundamental

[43] Sobre esto: *BVerwGE*, 69, 37 (45). *Vid.* también la exigencia de previo criterio normativo a la hora de dispensar de cargas urbanísticas conforme al § 133 Abs. 3 S. 5 del BauGB.

[44] Tal es la definición de las relaciones especiales de sujeción en O. MAYER, *Verwaltungsrecht*, vol. 1, p. 102; sustancialmente coincidente también incluso FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, p. 127.

[45] En este sentido véanse los estudios de RUPP, *Grundfragen*, pp. 4-5 y 41-42.

* *N. del T.*: Esta referencia ha de entenderse hecha a los "establecimientos públicos" (öffentliche Anstalten) que desde finales del siglo XIX venían desarrollando tareas prestacionales a favor de los ciudadanos (tal era el caso de las bibliotecas públicas).

de Bonn aquella categoría dogmática perdió su sentido inicial, según se viene considerando desde, al menos, la Sentencia de los presos [46]. Pero ello no ha impedido dotar de un nuevo sentido y utilidad a aquella vetusta categoría explicativa [47]: Se ha señalado, en este sentido, que no hay por qué extender las exigencias de juridificación propias de la Administración de intervención (como en el Derecho de policía o tributario) de forma indiscriminada a otros ámbitos de relación cualificada de los ciudadanos con la Administración. Antes bien, la propia Constitución permite prestar atención a la «eficacia autonormativa que deriva del grado de independencia o integración del individuo en el Estado» [48].

26. La intensidad de la juridificación resulta —según una opinión generalizada— del grado de *regulación* que alcanzan las normas en un ordenamiento. Pero esto es decir poca cosa. También hay que prestar atención al Derecho procedimental, presupuestario y organizativo. Qué *expresión* del Derecho es la más adecuada para la tarea de juridificación es cuestión que no puede determinarse *a priori* y puede cambiar según las circunstancias. El Estado de Derecho en principio nada dice contra la opinión, sostenida en nuestros días, que propone abandonar una comprensión directiva del Derecho y adoptar otra concepción del Derecho como un marco general de regulación. Puede ser, incluso, que el Estado de Derecho sugiera ese cambio cuando de esta forma se alcance un equilibrio más racional entre los diferentes intereses concernidos. Lo dicho vale también para ordenar las relaciones entre las distintas formas de regulación; por ejemplo, primando las formas contractuales de regulación frente a los instrumentos de ordenación unilateral e imperativa. Todo lo dicho hace necesario que la dogmática jurídico-administrativa se detenga en el estudio de las consecuencias anejas a las diferentes opciones de regulación jurídica; así, por ejemplo, analizando los efectos que acompañan a los distintos modelos procedimentales para la aplicación de Derecho material.

2. *Eficacia en la imposición del Derecho*

27. Para que el Derecho despliegue su función directiva es necesario que le acompañe un sistema efectivo para su pleno cumplimiento. Ésta es, desde el principio, una de las cuestiones más relevantes en Derecho comunitario. La "eficacia plena" (el efecto útil) es un criterio interpretativo fundamental del Tribunal de Justicia, en especial en lo que se refiere a las obligaciones de los Estados miembros conforme

[46] *BVerfGE*, 33, 1 ss.; ERICHSEN, en *FS Für H. J. Wolf*, pp. 219 ss.

[47] En este sentido también RONELLENFITSCH, *DÖV*, 1981, pp. 933 ss.

[48] LOSCHELDER, en *HStR*, vol. 5, § 123, núm. marg. 14, y en especial núms. margs. 21 y ss.; coincide en el resultado también STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 74 III 5 y s.

al art. 5 TCE (*vid.* 7/21-23) [49]. En cambio, en Derecho administrativo alemán la cuestión del cumplimiento ha quedado durante largo tiempo en un segundo plano. Se viene considerando que la ejecución es expresión del mandato de eficacia propio del Estado de Derecho. En la regulación de la ejecución forzosa se vienen protegiendo los intereses del ejecutado mediante refinadas garantías procedimentales, claramente marcadas por el principio de proporcionalidad [50]. Ahora bien, la coacción administrativa es sólo una pequeña parte de la cuestión que nos ocupa.

a) Capacidad de la Administración para imponer el Derecho

28. Para una imposición eficaz se necesita, antes que nada, que el Derecho sea adecuado para su ejecución [51]. Se precisa de supuestos de hecho normativos en los que se renuncie a la retórica política; y se necesita también una interpretación judicial apta para la ejecución, que no incurra en innecesarias complicaciones en forma de continuas precisiones y *obiter dicta*. Pero, por encima de todo, hay que destacar que la imposición eficaz del Derecho no es un problema de cada caso concreto, sino una cuestión general sobre la actuación administrativa. Para la imposición eficaz del Derecho es necesaria una adecuada organización administrativa y una dotación suficiente de personal. Los estudios sobre la implementación normativa muestran la importancia de los condicionantes organizativos, así como la limitada influencia que el Derecho tiene sobre aquellos condicionantes [52]. Lo que el Derecho exige de los órganos administrativos es predisposición para el ejercicio de la coacción, así como la correspondiente capacidad decisoria. Para el Estado de Derecho es inaceptable que la tolerancia de los ilícitos se convierta en pauta de normalidad, o que la presión pública retraiga del ejercicio de la coacción, incluso en aquellos casos en que la Administración dispone de un poder discrecional para intervenir o no. Lo mismo se puede decir para la práctica de las dispensas urbanísticas, que lleva a que, en última instancia, se difumine el estándar normativo. La Administración no puede, por medio de la tolerancia y la dispensa, hacer excepcional lo que las leyes han establecido como regla. Ni siquiera el mandato de flexibilidad puede llevar a aceptar esa práctica administrativa. El Estado de Derecho reclama igualdad en la aplicación del Derecho [53]. Dicho esto, también hay que reconocer que los Tri-

[49] Sobre esto, Von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 144 ss.

[50] Sobre los distintos modelos, *vid.* Selmer y Gersdorf, *Verwaltungsvollstreckungsverfahren*.

[51] *BVerfGE*, 84, 239 (268 ss.), sobre un Derecho tributario adecuado para la ejecución; *vid.* también Sendler, *DÖV*, 1992, pp. 181 ss. (para el Derecho de la energía nuclear).

[52] Sobre esto, con más información extraída del Derecho ambiental, Lübbe-Wolff, *NuR*, 1993, pp. 217 ss.; Hucke y Wollmann, *HdUR*, vol. 2, pp. 2694 ss.

[53] Sobre esto, en detalle, Kirchhof, en *HStR*, vol. 5, § 125, núms. margs. 54 y ss. y 84 y ss.

bunales —con un instrumentario pensado para la protección de los individuos— sólo alcanzan a corregir una parte de los supuestos patológicos descritos. Por eso aquí pueden ser especialmente útiles los controles administrativos internos, si bien tampoco estos instrumentos pueden tomarse como panacea: ciertos instrumentos de control —como las comisiones internas— no sólo no son eficaces sino que incluso entorpecen el control interno.

29. La exigencia de eficacia en la ejecución no significa que la Administración no deba dedicar esfuerzo y tiempo a conseguir que los particulares acepten voluntariamente sus decisiones. El consenso de los ciudadanos, concepto derivado del principio democrático, tiene también sitio en el principio de Estado de Derecho [54]. Así resulta de la confluencia de dos consideraciones: protección de los derechos fundamentales y eficiencia. El diálogo, la información y la motivación de las decisiones son, sin duda, instrumentos útiles para el entendimiento; y el mandato de mínima intervención asegura la utilización de aquellos instrumentos en determinadas situaciones. Pero, más allá de esos casos, la Administración no está obligada a buscar siempre el consenso antes de imponer coactivamente una decisión (*vid.* 2/103-105).

b) El principio de temporaneidad

30. El Derecho sólo es eficaz cuando se aplica a tiempo. Sin embargo, el factor tiempo no siempre ha recibido suficiente atención en el Derecho administrativo de los primeros tiempos, más preocupado por la perspectiva de defensa del interés público. En relación con los procedimientos *judiciales* ya se ha detectado ese déficit de atención. La "tutela judicial en un plazo razonable" es hoy una clara directriz para el legislador y los jueces [55]. Pero el Estado de Derecho también exige que los procedimientos *administrativos* se concluyan en un tiempo razonable [56]. El fundamento de este deber administrativo está, cuando se trata de adoptar decisiones referidas al disfrute de derechos fundamentales, en la propia eficacia defensiva y tuitiva de aquellos derechos. Fuera del ámbito de los derechos fundamentales es el principio de sujeción de la Administración a la Ley lo que fundamenta la exigencia de actuación en plazo. «La vinculación de la Administración a la realidad limita la capacidad de la propia Administración para disponer sobre el tiempo

[54] Sobre esto, Würtenberger, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 54 ss.; Hoffmann-Riem, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und Flexibilität*, p. 9 (pp. 27 y 28); Hill, *JZ*, 1988, pp. 377 ss.

[55] TEDH, *NJW*, 1997, pp. 2809 ss.; *BVerfGE*, 55, 349 (369); BFH, *NVwZ-RR*, 1993, pp. 5 y 6; Kirchhof, en *FS für Doehring*, pp. 438 ss.

[56] Sobre esto, Bullinger, en Blümel y Pitschas, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, pp. 127 (en especial, pp. 130 ss.).

y le impone límites incluso allí donde las leyes no fijan concretos términos temporales» [57]. La temporaneidad es una máxima que rige en todo el Derecho administrativo. Desde 1996 tiene claro reflejo en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG): conforme al § 10.2 VwVfG los procedimientos han de tramitarse con sencillez, objetividad, o adecuación a sus fines, y diligencia. Un vasto despliegue de medios procedimentales no es necesariamente la mejor opción desde la perspectiva del Estado de Derecho.

31. La reciente y amplia discusión sobre la *celeridad administrativa* ha contribuido decisivamente a tomar conciencia sobre la relevancia del factor tiempo. Desde hace algunos años se viene desarrollando todo un programa legislativo cuyo objeto consiste en la celeridad y rapidez de los procedimientos administrativos sobre implantación y apertura de instalaciones [58]. Esa iniciativa ha acabado por proyectarse sobre el Derecho administrativo general (*vid.* 6/105-106): se reduce la estructura estándar del procedimiento administrativo, se prevé la celebración de reuniones tras la presentación de las solicitudes, se introducen procedimientos fugaces, plazos para la adopción de decisiones y normas sobre preclusión de los procedimientos. Las novedades a que se hace referencia no deben ser criticadas por el simple hecho de que se separan de lo existente. Pero también hay que constatar que la legislación sobre celeridad administrativa, dejada al albur de su propia inercia, fácilmente puede hacer tabla rasa de otras consideraciones dignas de atención [59]. Especialmente delicada es la situación en el proceso contencioso-administrativo: la introducción de normas procedimentales especiales, así como de cambios singulares en la estructura de aquel orden jurisdiccional, amenazan con quebrar la unidad jurídica y la clara estructura del proceso contencioso [60]. Poco se consigue con el activismo legislativo. La reflexión sobre la celeridad administrativa debe contar con miras más amplias. Los estudios científicos sobre dirección social sugieren otros medios adecuados al fin de la actuación temporánea, como aquellos que permiten la valoración *conjunta* de los intereses de todos los sujetos afectados, tal puede ser el caso de ciertos procedimientos arbitrales (*vid.* 6/73). Con todo, lo verdaderamente determinante en este ámbito es que la Administración tome conciencia de la importancia del factor temporal. En última instancia: tanto la leal vinculación de la Administración al Derecho, como una adecuada predisposición administrativa para imponer sus propias decisiones, y como la conciencia del factor tiempo, son presupuestos de los que ha de partir el Estado de Derecho, no elementos que éste pueda imponer.

[57] KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 5, § 125, núm. marg. 55.

[58] *Vid.* ROMBACH, *Zeitfaktor in Genehmigungsverfahren*; BOHNE, en BLÜMEL y PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 41 (42 ss.); STÜER, *DVBl*, 1997, pp. 326 ss. Véanse también los trabajos de la Comisión independiente de expertos para la simplificación y aceleración de los procedimientos de planificación y autorización: «Fomento de la inversión mediante procedimientos administrativos flexibles», editado por el Ministerio de Economía, 1994, pp. 46 ss., en especial, pp. 65 ss. También, DOSE, HOLZNAGEL y WEBER, *Beschleunigung von Genehmigungsverfahren*.

[59] Sobre esto, ponderadamente, BONK, *NVwZ*, 1997, pp. 320 ss.

[60] Crítico con esta situación, REDEKER, *DVBl*, 1992, pp. 212 ss.; del mismo, *NVwZ*, 1996, pp. 521 ss.; MEISSNER, *VBlBW*, 1997, pp. 81 ss.

B. EL IMPULSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

32. Los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho administrativo de posguerra [61]. Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas [62]. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación. En relación con el Derecho administrativo general destacan tres efectos muy relevantes: En primer lugar, los enunciados jurídicos han experimentado una clara *subjetivación*. El criterio del fin tuitivo de las normas permite identificar derechos subjetivos allí donde normas de Derecho objetivo cumplen —junto a su función reguladora general— una función paralela de ajuste entre concretos intereses jurídicos de los particulares. El segundo efecto anunciado es el de la *sensibilización* del Derecho administrativo general: se profundiza en la conexión entre función directiva pública e intereses privados; y se cuestiona la intensidad, extensión y profundidad de aquella conexión, así como la idoneidad de las medidas que sirven para asegurarla. El tercer efecto es una marcada *individualización*; consecuencia de esto último es, a su vez, la irrupción en el Derecho administrativo de consideraciones —en ocasiones veladas— de equidad y exigibilidad (*vid.* 2/64-65).

La defensa de una concepción abierta del sistema jurídico-administrativo se debe, en gran medida, a las líneas de evolución expuestas. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales hay que considerar como problemas jurídicos abiertos los siguientes: las elevadas exigencias que se proyectan sobre el Derecho moderno, el alcance de las necesidades de actuación estatal, y el cambio en la concepción social sobre el modo de ejercerse las competencias. Habrá que analizar con detenimiento si para dar respuesta a todos estos retos al Derecho admi-

[61] Sobre esto, SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Redeker*, pp. 225 ss.

[62] HAIN, SCHLETTE y SCHMITZ, *AöR*, 1997, pp. 32 ss.

nistrativo le basta con una única perspectiva, la de los derechos fundamentales (*vid.* 2/67-78).

I. Dimensiones de los derechos fundamentales

33. El influjo estructural de los derechos fundamentales sobre el Derecho administrativo general se puede observar prestando atención a las diferentes dimensiones de los derechos fundamentales. Estas dimensiones, fruto de la elaboración dogmática, en forma alguna pueden entenderse en un sentido estático [63]. Más aún, en la dinámica evolutiva de los derechos fundamentales —como en lo que se refiere a su contenido protector— ha participado el Derecho administrativo. El resultado final es una ampliación de las tareas de la Administración y la alteración de las relaciones entre Ley y Administración.

1. *Derechos fundamentales como derechos de defensa*

34. La injerencia o intervención *normativa* venía compensada, ya en el Derecho administrativo propio de la fase inicial del Estado de Derecho, con garantías que aseguraban la libertad de los individuos respecto del Poder Ejecutivo [64]. La dogmática "clásica" se servía a tal fin de diversos institutos jurídicos: la función garantista de la ley frente a las injerencias sobre la libertad y la propiedad, los derechos subjetivos reaccionales, y el efecto moderador o de filtro de las limitaciones públicas por medio del principio de proporcionalidad. Estos institutos jurídicos cobran sentido hoy —principalmente— por medio de los derechos fundamentales [65]; de ahí precisamente que haya de reafirmarse su importancia actual, y deban complementarse los modelos de argumentación, y hacer posible, además, que las garantías tradicionales accedan a los procesos constitucionales de amparo. La andadura por estos ámbitos recién colonizados por los derechos fundamentales es ciertamente insegura. Varios son los ejemplos que se pueden apuntar sobre la forma en que los derechos fundamentales han afectado a institutos jurídicos tradicionales. Señalemos, en este sentido, que las pretensiones procesales de pleno restablecimiento y de cesación sólo cobraron pleno sentido cuando se percibió que para la tutela judicial de derechos fundamentales no bastaba simplemente con las acciones

[63] De forma sistemática, STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 65 ss.; ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111; MURSWIEK, en *HStR*, vol. 5, § 112; DENNINGER, en *HStR*, vol. 5, § 113; HAVERKATE, *Verfassungslehre*, pp. 192 ss.; BADURA, en *FS für Odersky*, pp. 159 ss.

[64] Sobre esto, STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, pp. 364 ss.

[65] Con detalle, KUNIG, *Rechtstaatsprinzip*, en especial, pp. 326 ss. y pp. 350 ss.

procesales defensivas o reaccionales. [66] Otro ejemplo lo tenemos en la ampliación y matización del concepto tradicional de intervención pública: es la lógica consecuencia que sigue a una ampliación de la actuación administrativa que, a su vez, pretende remover los obstáculos que dificultan la eficacia de los derechos fundamentales (*vid.* 2/47-54).

2. *Derechos fundamentales como mandatos de protección*

35. En su dimensión protectora, los derechos fundamentales también condicionan el Derecho administrativo [67]. La teoría de los derechos fundamentales enuncia hoy como dimensión protectora de aquellos derechos una de las funciones más antiguas del Estado de Derecho y que se formula como obligación del Estado en el art. 1.I.2 GG, el establecimiento y protección de un orden jurídico para la consecución de la paz social [68]. La jurisprudencia administrativa ya había identificado correctamente la cuestión —aunque aún sin referencia alguna a los derechos fundamentales— al referirse a la reducción de la discrecionalidad administrativa en la intervención policial propia de un Estado de Derecho [69]: se trataba de activar la actuación estatal contra aquellas conductas de los particulares que ponían en peligro el disfrute de los derechos fundamentales de otros.

36. El mandato de protección, como categoría dogmática, permite captar y sistematizar varios ámbitos de actuación administrativa: por un lado, la intervención administrativa de policía, para la prevención o evitación de riesgos; y, por otro lado, la relaciones administrativas multipolares, así como la regulación procedimental para la adopción de decisiones administrativas en esas relaciones. El mandato de protección aparece así como el fundamento —en clave de derechos fundamentales— de la doble función del Derecho administrativo a la que ya se ha hecho referencia. Explica, en suma, por qué el Derecho administrativo tanto debe limitar y condicionar la intervención administrativa como promover y hacer posible esa misma actuación (*vid.* 1/30-32). De esta forma, junto a la *prohibición de exceso* —propia de la dimensión defensiva de los derechos fundamentales— se puede hablar hoy también de la *prohibición de omisión* [70] que resulta de la vertiente protectora de los mismos derechos. La actuación administrativa no está

[66] Sobre esto, STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 66 III; en relación con la pretensión de pleno restablecimiento: *BVerwGE*, 366 (370 y 371) y 82, 76 (95); SCHOCH, *VerwArch*, 1988, p. 1 (34 y 35).

[67] DIETLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflichten*; WAHL y MASING, *JZ*, 1990, pp. 553 ss.; H. H. KLEIN, *DVBl*, 1994, pp. 489 ss.

[68] De forma similar, ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núm. marg. 32.

[69] En especial, *BVerwGE*, 11, 95 (97)

[70] Sobre este concepto, *BVerfGE*, 88, 203 (254), apoyándose en ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núms. margs. 165 y 166.

ya en las antípodas de los derechos fundamentales. La obligación de protección viene a ser la respuesta, en términos de derechos fundamentales, a nuevas necesidades (o al significado actual de necesidades ya existentes) [71]. Al tiempo, el mandato de protección trae a la esfera de los derechos fundamentales parte de la actuación administrativa propia del Estado Social.

37. Las dos dimensiones de los derechos fundamentales, la defensiva y la protectora, enraízan en un mismo Derecho de libertad. Pero más allá de esta coincidencia, ambas vertientes de los derechos fundamentales difieren en su «estructura y esquema aplicativo» [72]. El derecho fundamental es, en tanto derecho subjetivo, susceptible de defensa sin necesidad de la Ley. Esto es claro cuando la defensa se plantea, precisamente, frente a intervenciones normativas del Estado. Por el contrario, la dimensión protectora de los derechos fundamentales suele precisar, para su eficacia en el día a día de la actuación administrativa, de una concreción normativa que se remite a la Ley. Al legislador corresponde fijar el "esquema esencial" para la protección de cada derecho fundamental; y también corresponde al legislador ponderar: tarea ciertamente compleja pero necesaria para una correcta identificación de la dimensión protectora de los derechos fundamentales [73]. En el desempeño de estas labores el legislador goza de un amplio margen de pronóstico, valoración y configuración [74].

38. El deber de protección no tiene por qué cumplirse necesariamente mediante normas de Derecho público o a través de mandatos de actuación administrativa. El legislador tiene a su entera disposición todos los órdenes jurídicos; puede optar, en especial, por el Derecho privado y sus técnicas de compensación y resolución de conflictos [75]. La perspectiva tuitiva enriquece el Derecho administrativo al ponerlo en conexión con el debate general sobre la dirección pública de las conductas y sobre la existencia de otros medios de dirección aparte de las decisiones imperativas. Derecho administrativo y Derecho privado devienen, en este sentido, ordenamientos "mutuamente absorbentes" (*vid.* 6/28-30).

39. El mandato constitucional de protección no supone una autorización directa a la Administración para que —sin necesidad de previa Ley— incida en la esfera jurídica de quien impide a terceros el ejercicio de sus derechos [76]. Las diferencias entre las facetas defensiva y protectora de los derechos fundamentales tampoco se diluyen haciendo referencia a que, en última instancia, la lesión causada por un particular a otro es mediatamente imputable al Estado [77]. La dimensión protectora de los derechos fundamentales no puede pasar por alto el papel de Ley parlamentaria como distribuidora de tareas públicas. La doble faceta jurídica del Estado, como posible agresor y como garante de los derechos fundamentales, debe ser entendida dentro del sistema de separación de poderes; en ese mismo sistema debe buscarse el equilibrio entre las dos facetas de la actuación estatal [78]. La Ley no tiene por qué alcanzar aquí el máximo de precisión. Lo que sí cabe exigir a la Ley es que contenga una determinada política de protección, estructurando en sus rasgos básicos la trama de intereses presentes y estableciendo —al menos— un marco general de regulación legal (*vid.* 4/15-25).

3. *Otras facetas de los derechos fundamentales*

40. En la discusión sobre la vertiente protectora de los derechos fundamentales reaparecen dificultades ya conocidas: las que se presentaban al hablar de las dimensiones prestacional, procedimental y organizativa de los derechos fundamentales.

a) Dimensión prestacional de los derechos fundamentales

41. Con la referencia al alcance prestacional de los derechos fundamentales se pretende dar sentido en el sistema normativo constitucional a aquellas situaciones en las que la libertad depende de prestaciones públicas [79]. Los derechos fundamentales actúan aquí como un mínimo prestacional. A partir de ese substrato básico se pueden establecer otras prestaciones públicas; eso sí, partiendo de una idea distributiva de los recursos existentes y sin perder de vista la posible existencia de ciertos deberes prestacionales [80]. Conviene destacar que, por principio, sólo se pueden exigir prestaciones públicas individualizadas en los términos que disponga la Ley. A falta de Ley, sólo en supuestos fácticos muy especiales (como cuando se alude al *estándar existencial mínimo*) es posible —y siempre como excepción— deducir pretensiones

[71] Cfr. Kock, *AöR*, 1996, pp. 1 ss.

[72] Isensee, en *HStR*, vol. 5, § 111, núms. margs. 8, 37 y ss., y 88 y ss.; Wahl y Masing, *JZ*, 1990, p. 553 (558), hablan de una "diferencia fundamental".

[73] Sobre esto, Böckenförde, *Staat*, 1990, p. 1 (19 ss.).

[74] H. H. Klein, *DVBl*, 1994, p. 489 (495); *BVerfGE*, 77, 170 (214 y 215) y 88, 203 (261 y 262).

[75] Cfr. H. Klein, *DVBl*, 1994, p. 489 (492); cfr. también *BVerfGE*, 81, 242 (254 y 255).

[76] En el mismo sentido, Isensee, en *HStR*, vol. 5, § 111, núms. margs. 148 y 152; Wahl y Masing, *JZ*, 1990, p. 553 (pp. 558 y 559).

[77] En este sentido, aunque con diferencias entre ellos, Schlink, *EuGRZ*, 1984, pp. 457 ss.; Murswiek, *Staatliche Verantwortung*, pp. 69 ss. En contra, Stern, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 67 V 2 a); H. H. Klein, *DVBl*, 1995, p. 489 (496).

[78] Isensee, en *HStR*, vol. 5, § 111, núm. marg. 4.

[79] Es esencial, en este sentido, *BVerfGE*, 33, 303 (330 ss.); Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, pp. 63 ss.; Stern, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 67; Murswiek, en *HStR*, vol. 5, § 112, núms. margs. 21, 69 y ss.

[80] Muy expresivo, Sendler, *DÖV*, 1978, pp. 581 ss.

prestacionales directamente derivadas de los derechos fundamentales [81]. Con carácter general, la ponderación entre los diversos intereses necesitados de prestaciones públicas es tarea propia del Parlamento. Puesto que lo que el Estado da depende de lo que recibe [82], al ponderar hay que tener en cuenta no sólo las diferentes pretensiones individuales y los intereses del Tesoro, sino también los intereses de aquellos que soportan las cargas públicas [83]. Lo dicho vale también para la supresión de las prestaciones públicas ya existentes. La pretensión de percibir prestaciones ya establecidas está sometida a una *reserva de lo posible*; esto es: a lo que cada individuo razonablemente puede exigir de la sociedad [84]. Precisamente la dependencia respecto de la capacidad presupuestaria del Estado, así como de la situación económica general, marca las diferencias entre las facetas defensiva y prestacional de los derechos fundamentales [85]. La «debilidad presupuestaria del Estado de Derecho» (KIRCHHOF) no desaparece en el ámbito de los derechos fundamentales, por mucho que se presente con perfiles propios. Cada vez aparece con más fuerza la idea de que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales está vinculada a estructuras triangulares —e incluso multipolares— de intereses necesitados del sustento público. De ahí que el Derecho administrativo deba profundizar en el ensamblaje entre el régimen de las prestaciones públicas y el Derecho presupuestario (*vid.* 6/97-129). El Derecho presupuestario es, en este sentido, una «concreción jurídico-financiera del principio de proporcionalidad» [86].

b) Dimensión procedimental

42. La función tuitiva del Derecho procedimental era algo ya conocido por el Derecho administrativo propio del viejo Estado de Derecho. Sin embargo, la "procedimentalización del Derecho administrativo" se ha desarrollado en toda su plenitud bajo la influencia de los derechos fundamentales. Hasta el punto de que el Derecho procedimental ha pasado a ser una parte diferenciada del Derecho administrativo general (*vid.* 6/97-129) [87]. En este sistema de Derecho procedimental se integran —incluso— los procedimientos entre particulares (Derecho procedimental privado [88]): procedimientos con los que se pretende descargar de tareas al Estado y garantizar, al tiempo, la seguridad en las relaciones jurídicas.

[81] BREUER, en *FG BVerwG*, pp. 89 ss.; SENDLER, *DÖV*, 1978, p. 581 (589); MURSWIEK, en *HStR*, vol. 5, § 112, núms. margs. 98 y ss.

[82] De forma sistemática, KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 4, § 88, pp. 8 ss.; del mismo, *NVwZ*, 1983, p. 505 (507).

[83] Sobre el límite al establecimiento de impuestos, en general, *BVerfGE*, 93, 121 (138).

[84] *BVerfGE*, 33, 303 (333).

[85] MURSWIEK, en *HStR*, vol. 5, § 112, núms. margs. 57 y ss.; KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 3, § 59, núms. margs. 79 y ss.

[86] KIRCHHOF, *NVwZ*, 1983, p. 505 (514).

[87] LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren*, en especial, pp. 3 ss. y 37 ss.

43. De la importancia que el procedimiento presenta para los derechos fundamentales difícilmente puede concluirse que la Constitución imponga un concreto modelo de procedimiento administrativo; tampoco se puede extraer ninguna conclusión directa sobre las consecuencias de los defectos procedimentales. El procedimiento es una sucesión encadenada de actos; los distintos actos presentan diverso significado dependiendo del concreto procedimiento en que se insertan. Por ello, la trascendencia de cada trámite sólo puede analizarse por medio de una visión de conjunto de todo el procedimiento. Qué elementos del procedimiento son verdaderamente imprescindibles para la protección de los derechos fundamentales —y en la misma medida, qué piezas del procedimiento merecen especial consideración— son cuestiones que sólo pueden responderse tras un análisis detenido de la eficacia de cada trámite procedimental [89]. Las leyes procedimentales para la protección de los derechos fundamentales contienen decisiones ponderativas que, por lo general, no trascienden más allá del Derecho ordinario [90]. En otros términos: de los derechos fundamentales no derivan concretos modelos procedimentales. Múltiples son las formas que puede adoptar el procedimiento; y diversas son también las conexiones entre las piezas de un procedimiento (*vid.* 6/114-123). Los derechos fundamentales no imponen un modelo de procedimiento donde lo principal sea una vasta dedicación de medios administrativos. La relevancia del procedimiento para los derechos fundamentales no sólo se plasma en derechos subjetivos procedimentales; la perspectiva iusfundamental también puede verse reflejada en cargas de actuación y plazos para los particulares, así como en normas sobre preclusión de los procedimientos [91]. Lo dicho vale, sobre todo, para procedimientos referidos a relaciones administrativas multipolares, donde la necesaria atención a intereses diversos reclama una estructura procedimental especialmente clara (*vid.* 1/32) [92].

c) Dimensión jurídico-organizativa

44. El margen de configuración legal es aún más claro en relación con la vertiente organizativa de los derechos fundamentales. También aquí es más fácil captar la dimensión defensiva de los derechos fun-

[88] HOFFMANN-RIEM, *DVBl*, 1996, pp. 225 ss.

[89] Sobre esto, DENNINGER, en *HStR*, vol. 5, § 113, núms. margs. 6 y ss.

[90] GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (869); DENNINGER, en *HStR*, vol. 5, § 113, núm. marg. 38.

[91] *BVerfGE*, 61, 82 (116).

[92] Cfr. SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 531 ss.

damentales —en este caso frente a intervenciones organizativas— que precisar en qué consiste la protección de derechos fundamentales mediante organizaciones públicas. Así sucede, por ejemplo, en el Derecho de las comunicaciones y en la ordenación de las Universidades. Al hablar de organizaciones se está haciendo referencia, quede claro, a complejos funcionales, no a cómo se tramitan los asuntos. Pues bien, la valoración de aquellos complejos orgánicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales sólo puede hacerse con el auxilio de la ciencia de la Administración y limitándose a señalar lo que, desde esta perspectiva, resulta o no plausible. La adecuación del Derecho de organización a los derechos fundamentales necesita, antes que nada, una nueva forma de entender aquel Derecho, bien distinta de la concepción eminentemente competencial de la que somos herederos. Para ello la dogmática jurídica debe prescindir de sus métodos de interpretación tradicionales. Debe enriquecerse con experiencias provenientes de la ciencia organizativa; sólo así será posible analizar y dotar de sentido jurídico a las "leyes naturales" que rigen la actuación de las organizaciones públicas (*vid.* 5/9-14). Por esta vía el acervo jurídico se enriquece con conocimientos, siquiera elementales, sobre: la representación en los grupos sociales, la adopción de decisiones en órganos colegiados, o la eficacia práctica de los diferentes procedimientos de organización interna [93].

4. *El papel de las personas jurídicas (art. 19.III GG)*

45. La exposición sobre la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho administrativo no estaría completa sin una referencia al art. 19.III GG. Este precepto reconoce a las personas jurídicas capacidad para ser titulares de derechos fundamentales; no ya como simple artificio para la protección indirecta de los derechos fundamentales de sus miembros, sino de forma autónoma [94]. Esta decisión constitucional realza el interés en torno a las personas morales, a los mecanismos de autorregulación y a las organizaciones sociales intermedias [95]. «La eficacia de los derechos fundamentales trasciende del ámbito de lo privado e individual y se proyecta sobre las funciones públicas, las instituciones de interés general y los procesos sociales» [96].

46. Para el art. 19.III GG las personas colectivas y los grupos de poder no son una realidad ajena: también estos sujetos están amparados por los derechos fundamentales. La actuación de estos sujetos no precisa de una previa habilitación legal: no son aplicables aquí —al menos en principio— las exigencias constitucionales que condicionan el ejercicio de poder público. Dicho esto, tampoco sería acertado equiparar pura y simplemente la actuación de las personas físicas y la de las personas jurídicas. Las necesidades de protección que se presentan en relación con las personas jurídicas son bien diversas. Las organizaciones sociales pueden tanto facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros como también impedirlo [97]. Ya se ha dicho que el art. 19.III GG obliga al Estado a respetar los derechos fundamentales de las personas jurídicas; en la misma medida también se puede identificar un deber de protección estatal —mediante una regulación marco— a favor de los miembros de la personas jurídicas [98]. Esta responsabilidad estatal en relación con las organizaciones sociales comprende también la vigilancia preventiva en determinados supuestos: allí donde las organizaciones sociales colaboran muy activamente en el cumplimiento de tareas públicas, tal es el caso de las organizaciones que dictan normas técnicas (*vid.* 2/72, 100-101; 5/54-56).

[93] Con toda claridad, *BVerfGE*, 35, 79 (en especial, pp. 114 ss.); y 83, 238 (en particular, pp. 332 y 333). Sobre la protección organizativa en el procedimiento indiciario conforme al GjS: *BVerfGE*, 83, 130 (149 y 150).

[94] Isensee, en *HStR*, vol. 5, § 11, núm. marg. 3.; Rüfner, en *HStR*, vol. 5, § 116, núm. marg. 31.

[95] Dreier, en Dreier, *Grundgesetz*, art. 19 III, núm. marg. 17; en especial sobre la función de determinadas personas jurídicas de Derecho público: Frenz, *VerwArch*, 1994, pp. 22 ss.

[96] Isensee, en *HStR*, vol. 5, § 118, núm. marg. 5.

II. La *vis* expansiva de los derechos fundamentales: las restricciones indirectas

47. Los derechos fundamentales han aportado al Derecho administrativo una especial sensibilización en relación con las consecuencias de la actuación pública. Así, a la tradicional preocupación por las formas de la actuación administrativa se suma ahora el interés por las consecuencias de aquella actuación [99]. Este nuevo planteamiento supone un notable avance, en un doble sentido: por un lado, el Derecho administrativo incorpora una visión relacional; se evita así que las cuestiones administrativas se aborden únicamente desde la óptica de la Administración [100]. En segundo lugar, la orientación hacia los resultados permite ampliar el catálogo de formas de actuación administrativa, sin necesidad de ceñirse a los estrechos moldes tradicionales. Como ejemplo de lo dicho podemos detenernos en la evolución de una pieza capital del Derecho administrativo: el concepto de intervención.

[97] Veáse, tomando como ejemplo los centros de investigación, Trute, *Forschung*, pp. 349 ss.

[98] Sobre esto, Isensee, en *HStR*, vol. 5, § 118, núms. margs. 61 y ss., en especial. 68 ss.

[99] Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht* (en especial, pp. 32 ss.) se refiere a la protección de los derechos fundamentales según los efectos de la actuación pública.

[100] Gröschner, *Überwachungsrechtsverhältnis*, p. 104: dogmática *teleológica* de las intervenciones administrativas y dogmática *dialógica* de la relación jurídico-administrativa.

1. *Evolución en el concepto de intervención administrativa*

48. La dogmática jurídico-administrativa tradicional acuñó un modelo de ordenación jurídica que pasaba por la distinción elemental entre un supuesto de hecho normativo (la "intervención") y las consecuencias jurídicas que debían desencadenarse en presencia de ese hecho [101]. La intervención administrativa —en tanto que supuesto de hecho normativo— venía caracterizada por cuatro notas: actuación pública, formalizada, finalista y que de forma directa impone un sacrificio en un bien jurídico. La intervención administrativa era, en suma, una restricción imperativa. Varias eran las garantías jurídico-públicas que debían activarse ante una "intervención" de las así definidas: reserva de Ley, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, acciones de defensa, y, en la mayoría de los casos, también ciertas garantías procedimentales. Aún en nuestros días el concepto de "intervención" es una categoría clave para la ordenación sistemática de la mayor parte de la actuación imperativa del Estado.

49. La expansión de los derechos fundamentales ha permitido dirigir la atención hacia supuestos donde, aun no dándose todas las notas características de una "intervención" administrativa, sí se da de hecho un perjuicio o lesión en los intereses protegidos por los derechos fundamentales [102]. Tenemos, por un lado, actuaciones del Estado claramente orientadas a dirigir la conducta de los ciudadanos, tal es el caso de la información administrativa al público. Y tenemos, de otro lado, ciertas lesiones ocasionadas por particulares pero en las que, tras una larga cadena causal, también se ve la participación del Estado. Como tales lesiones se pueden contar ciertos efectos singulares, incontrolados y no queridos, de actuaciones estatales encaminadas a otros fines. Por último, hay que hacer referencia a lesiones —en sentido material— derivadas de actuaciones públicas informales y carentes de imperatividad, así como a resultados lesivos de intereses amparados por derechos fundamentales no claramente reconducibles a ámbitos de competencia pública.

50. A primera vista no parece difícil reconducir las restricciones fácticas o mediatas a la dogmática de la intervención administrativa, siquiera sea con ciertas modulaciones. Aquellas restricciones son claramente comparables, tanto en intensidad lesiva como en persistencia, a las clásicas intervenciones administrativas; en ocasiones, incluso, superan el alcance lesivo de las intervenciones en sentido estricto. Tal

[101] Para lo que sigue, *vid.* ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núms. margs. 58 y ss.

[102] Con carácter general, GALLWASS, *Faktische Beeinträchtigungen*; KIRCHHOF, *Verwalten durch mittelbares Einwirken*, en especial, pp. 105 ss.; RAMSAUER, *Faktische Beeinträchtigungen*; STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 72 III 4, y vol. 3/2, § 78 (SACHS), con más información.

es el caso de los mensajes, advertencias y consejos públicos, esto es, de los actos informativos del Estado [103]. Combatir los efectos de estas actuaciones informativas es, a menudo, más difícil que eliminar las consecuencias de un acto administrativo por medio de una acción impugnatoria. Con razón se ha propuesto en la doctrina —de forma casi unánime— la necesaria ampliación, para estos casos, del concepto de intervención administrativa [104]. Una primera formulación del concepto de lesiones fácticas y mediatas se encuentra expuesta, con toda precisión, en la Sentencia sobre las "listas transparentes" del Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) [105]: «Ni los derechos fundamentales protegen sólo frente a decisiones imperativas, ni hay por qué exigir que en todo caso el perjuicio de los particulares sea consecuencia directa e inmediata de una actuación pública. Partiendo de la función tuitiva de los derechos fundamentales también pueden identificarse casos en los que un sacrificio simplemente fáctico puede calificarse como intervención lesiva en un derecho fundamental».

51. Las restricciones en los ámbitos protegidos por los derechos fundamentales pueden presentar muy diversas intensidades. A menudo ni siquiera está clara la conexión entre el sacrificio del derecho fundamental y una concreta actuación pública. Los continuos avances en el conocimiento económico, ecológico, social o financiero permiten identificar nuevas conexiones entre sacrificios y competencias estatales; de esta forma crece notablemente el haz de derivaciones causales —a menudo mediante imprecisos mecanismos de imputación— que parten de las acciones u omisiones públicas. Hay que recordar, con todo, que en la aplicación de los derechos fundamentales necesariamente median consideraciones valorativas. Y por lo mismo no se pueden trasladar mecánicamente al ámbito de los derechos fundamentales los nuevos hallazgos causales, ora reales, ora simplemente pretendidos. La proyección de los derechos fundamentales sobre el Derecho administrativo no significa que cada nueva posible acción que afecte a los derechos fundamentales deba ser considerada como una nueva intervención lesiva de la Administración. Asentar todo el Derecho administrativo sobre la dogmática de la intervención sería tanto como eludir las modulaciones propias de las garantías constitucionales y, al tiempo, privar de toda eficacia a la actuación estatal. En esta línea de razonamiento cobra también sentido la conclusión a la que llega la Sentencia sobre las "listas transparentes": «Los derechos fundamentales no protegen frente a todos los perjuicios soportados por los particulares» [106].

[103] Sobre este concepto y su elaboración sistemática, en extenso, DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 398 ss.

[104] ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núm. marg. 63, con más información.

[105] *BVerwGE*, 71, 183 (191); también *BVerwGE*, 90, 112 (121 ss.).

[106] *BVerwGE*, 71, 183 (192).

2. *Necesidad de tratamiento sistemático de las distintas garantías*

52. Es necesario activar todos los instrumentos de protección del Derecho administrativo —no sólo los del Derecho de intervención—, ponerlos en relación con *todas* las posibles lesiones fácticas y, finalmente, trazar las conexiones funcionales entre todas aquellas garantías. Dos son las coordenadas para llevar a cabo la tarea descrita. Es preciso, en primer lugar, analizar las características de las *lesiones*: estructura y forma de presentarse, clase de posición jurídica afectada, intensidad de la acción, previsibilidad, reiteración, trascendencia externa, así como relevancia y conexión con la actuación pública, entre otras notas [107]. Una vez identificada y definida cada lesión toca indagar en qué medida el ordenamiento jurídico contiene respuestas adecuadas a cada caso; desde esa perspectiva hay que analizar la idoneidad, por separado y en conjunto, de: reservas de ley, principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, mandato de precisión, deberes de audiencia, deberes de reacción, reparación y compensación de las lesiones a los derechos fundamentales, y, por último, la existencia de medios de protección cautelar. En estas coordenadas de reflexión se encuadra la discusión sobre si el Estado de Derecho exige una "reformalización" de la actuación informal de la Administración (*vid.* 6/65-73).

53. A partir de las pautas de análisis expuestas se puede concluir que la reserva de ley —en tanto instrumento de protección *preventiva*— no rige frente a todos los posibles supuestos de restricciones fácticas. La reserva de ley es eficaz, principalmente, respecto de actos públicos que, aun carentes de imperatividad, desde la perspectiva de la situación afectada puede afirmarse que tienen carácter finalista (esto es, condicionan o dirigen el comportamiento de los ciudadanos) [108]. En estos casos también rigen con plenitud las demás garantías jurídicas que actúan frente a las intervenciones, en especial la audiencia a los afectados. En relación con el heterogéneo grupo de las *actuaciones materiales*, carentes de todo contenido prescriptivo, se puede formular una escala de garantías: queda excluida, en principio, la protección frente a sacrificios mínimos [109]; cuando los perjuicios son algo más que ocasionales se activa la protección del principio de proporcionalidad. Por último, cuando el sacrificio de un derecho fundamental es la consecuencia típica de la actuación estatal es exigible una previa decisión

[107] En detalle, STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/2, § 78 III 3 (SACHS), donde se considera esta cuestión como un problema de imputación.

[108] Sobre la equiparación con la clásica intervención imperativa: *BVerwGE*, 90, 112 (121 y 122). Más detalles en ROTH, *Drittbetroffenheit*, pp. 118 ss. y 202 ss.; DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 434 ss.

[109] ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núm. marg. 66.

legislativa sobre las condiciones en que puede tener lugar aquella restricción [110]. Lo dicho también puede aplicarse al manejo de datos personales sensibles por parte de la Administración, incluso cuando aquella actuación técnica no trasciende al exterior [111].

54. Respecto de las lesiones ocasionadas por particulares lo primero que hay que preguntarse es si aquella intromisión tiene lugar en un ámbito funcional propio de la Administración. Desde luego que, por principio, nada obliga a que la Administración esté presente por doquier [112]. Tampoco puede tratarse como intervención lesiva la simple colaboración de la Administración en la actuación de los particulares, por mucho que esa actuación finalmente resulte lesiva para terceros. Ahora bien, el hecho de que en estos casos no rijan en bloque los instrumentos defensivos frente a las intervenciones administrativas no significa que se excluya toda suerte de protección jurídica a los ciudadanos. Ocurre, tan sólo, que la protección no podrá tomar como patrón absoluto y acabado el de las intervenciones; el modelo de protección resultará de espigar entre los diferentes instrumentos de protección aquellos que resulten funcionalmente adecuados para la función tuitiva que les corresponde. Así, por ejemplo, cuando la información pública a los consumidores puede afectar a terceros rigen tanto el principio de proporcionalidad como —en su caso— determinadas garantías procedimentales (como la audiencia previa a los posibles afectados).

III. Eficacia subjetivadora de los derechos fundamentales: los derechos subjetivos y la doctrina de la norma de protección *

55. También la dogmática del derecho subjetivo ha avanzado notablemente al amparo de los derechos fundamentales. El "encargo de subjetivación" (WAHL) que deriva de los derechos fundamentales ha dado un sentido uniforme a la vetusta categoría del derecho sub-

[110] Sobre la distinción entre sacrificios atípicos y previsibles, *vid. BVerwGE*, 87, 37 (45 y 46).

[111] *BVerfGE*, 65, 1 (44).

[112] Cfr. ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núms. margs. 116 y ss.

* *N del T.:* Según esta doctrina, bien conocida en Alemania, en cada norma jurídica hay que indagar sobre si tiene un fin de ordenación objetiva o si pretende tutelar concretos intereses jurídicos de los ciudadanos. Y sólo en este último caso se concluye que la norma en cuestión ha creado un verdadero Derecho público subjetivo. Esta doctrina tiene firme arraigo en la concepción tradicional alemana sobre los derechos públicos subjetivos. Su plasmación positiva más relevante está en la limitación del proceso contencioso-administrativo a la defensa de verdaderos "derechos" (§ 42 II VwGO). Puede cuestionarse la importancia de esta doctrina en España, al menos desde una perspectiva procesal, en la medida en que nuestro proceso contencioso-administrativo no está condicionado en la misma medida por la idea del derecho subjetivo.

jetivo, que ocupa hoy una posición central en el Derecho administrativo (*vid.* 2/69) [113]. Incluso en el seno de la propia Constitución los derechos fundamentales actúan como matriz generadora de nuevos derechos subjetivos: en torno al núcleo elemental de los derechos fundamentales (como *derechos de defensa*) han arraigado otros derechos subjetivos, una amplia panoplia de acciones procesales (de cesación, eliminación, plena reparación e indemnizatoria) y derechos auxiliares [114]. De otro lado, la dimensión protectora de los derechos fundamentales ha intensificado las tendencias subjetivizadoras. Así se observa en dos ámbitos de debate: en primer lugar, en torno a las posibles pretensiones de protección como forma de reacción frente a nuevas situaciones de peligro (como las que derivan de los riesgos de la técnica) [115]; y en segundo lugar, sobre la protección de intereses de terceros que, no siendo destinatarios de la resolución administrativa, pretenden ejercer acciones como vecinos o competidores [116].

1. *Necesidad de una base normativa*

56. La subjetivación del Derecho presenta una dificultad estructural: la necesidad de encontrar, en cada caso, un fundamento normativo preciso para poder hablar de derecho subjetivo. Para ello es imprescindible analizar con detenimiento los intereses presentes en cada ámbito jurídicamente ordenado; y, seguidamente, identificar los criterios de ordenación que presiden ese entramado de intereses. La cuestión recién apuntada presenta claras similitudes con la discusión sobre las limitaciones puramente fácticas en los derechos fundamentales: en ninguno de los dos casos la simple alusión o referencia a los derechos fundamentales permite conclusiones globales. Y es que el derecho subjetivo sigue siendo, en todo caso, un ámbito de poder volitivo *reconocido por el Derecho* [117], sin que la exigencia de una base normativa se vea alterada por el reconocimiento de derechos fundamentales.

57. La exigencia de una base normativa precisa detrás de cada derecho subjetivo recibe una grave objeción: que se deja en manos del poder normativo del Estado la definición de la esfera de poder de cada individuo; de esta forma se estaría invirtiendo la posición constitucional

[113] WAHL, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, introducción a § 42.2, núms. margs. 49 y ss.

[114] STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 65 IV; OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, apartados 54 y ss. ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 111, núms. margs. 75 y 76.

[115] DAMM, *ARSP*, 1993, p. 159 (168 ss.).

[116] Cfr. P. M HUBER, *Konkurrenzschutz*; SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*; en especial, sobre la tutela cautelar ante acciones de terceros, SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz*, pp. 313 ss.

[117] BACHOF, *GS Jellinek*, pp. 287 ss.; ERICHSEN, en ERICHSEN, *Verwaltungsrecht*, § 11, núm. marg. 30; SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ y DURIG, *Grundgesetz*, art. 19 IV, núm. marg. 118.

de los individuos frente al poder estatal. El fundamento último de esta objeción se puede encontrar en ciertas propuestas dogmáticas sobre la relación entre las normas de derechos fundamentales y el concepto de derecho subjetivo. Se parte, en este sentido, de una concepción amplia del ámbito normativo que conocemos como derechos fundamentales; y respecto de ese ámbito protegido, el derecho subjetivo se entiende en un sentido propiamente reaccional o defensivo; esto es, se habla del derecho subjetivo como mecanismo de defensa de los individuos frente a cualquier restricción material en una amplísima esfera protegida por los derechos fundamentales. Con esta formulación se pretende evitar que los derechos fundamentales queden a la libre disposición del legislador [118]. Ahora bien, de este modo también se realza el poder de los órganos que aplican el Derecho, pues a ellos correspondería identificar directamente los límites propios de cada derecho fundamental [119]. Es claro, además, que los ámbitos de la realidad conectados con los derechos fundamentales resultan notablemente ampliados. Es difícil de imaginar un interés particular que, de una u otra forma, no guarde relación con los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales. Frente a todo lo anterior hay que afirmar que los derechos fundamentales no son programas normativos completos pendientes ya sólo de su aplicación; tampoco se puede ver en los derechos fundamentales una esfera imprecisa y desordenada de intereses que sólo ante una agresión se concretan en situaciones jurídicas firmes. Antes bien, el contenido preciso de cada derecho fundamental resulta de un proceso de concreción gradual donde la ley cumple la tarea primordial.

58. La exigencia de una base legal detrás de cada derecho subjetivo no se satisface con la simple mención a un hipotético *derecho general a la aplicación de las leyes.* Tal derecho, por de pronto, no figura en la Constitución. Es claro, en primer lugar, que el art. 19.IV GG nada dice al respecto. En segundo lugar, el derecho a la igualdad de art. 3.I GG sólo es eficaz allí donde existe una norma infringida que, al menos de forma colateral, protege los intereses del particular. Determinar cuándo estamos en esa situación no es una mera cuestión de hecho; hay que atender, fundamentalmente, a los términos de cada concreta regulación legal. Por último, el derecho a la libertad del art. 2.I GG no contiene ni un derecho general a la aplicación de las leyes ni un hipotético derecho fundamental a no soportar perjuicio alguno [120]. El concepto de perjuicio es eminentemente fáctico; sólo goza de significado para el Derecho en aquellos ámbitos donde existe un alto grado de juridificación: tanto en la identificación de qué es un perjuicio

[118] En este sentido van las cautelas de BAUER, *Geschichtliche Grundlagen*, en especial, pp. 167 ss.

[119] Resulta muy convincente, en este sentido, WAHL, *DVBl*, 1996, p. 641 (644).

[120] En el mismo sentido, ERICHSEN, en *HStR*, vol. 6, § 152, núms. margs. 18 y 79; PIETZCKER, en *FS Für Bachof*, p. 131 (146 y 146).

como en la regulación de los mecanismos de imputación. Este alto nivel de juridificación se da en el concepto clásico de intervención administrativa, pero no en relación con decisiones administrativas complejas con múltiples efectos colaterales. Aquí es necesaria aún una previa labor constructiva que trace las conexiones o correspondencias entre perjuicios y ámbitos de protección normativa.

2. *La doctrina de las normas de protección y la legalidad ordinaria*

59. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) afirmó, en una Sentencia de 31 de mayo de 1995 donde se enjuiciaba la posición del recurrente en el proceso, lo siguiente: «Qué derechos puede hacer valer el recurrente lo determina —aparte de los derechos fundamentales y de otras normas constitucionales— la legalidad ordinaria. Es el legislador quien determina qué derechos corresponden a los ciudadanos y cuál es su contenido» [121]. Así lo exigen tanto el principio de seguridad jurídica como la facultad de configuración normativa atribuida al legislador [122]. El "poder de composición de conflictos" de que disfruta el legislador [123] se ejerce —obviamente— con plena vinculación a los derechos fundamentales (art. 1.III GG). Y precisamente ahí, en los derechos fundamentales, el legislador encuentra claras opciones valorativas y de ordenación de intereses a partir de los cuales le es posible enunciar concretos derechos reaccionales o prestacionales. Luego, los órganos que aplican el Derecho han de respetar las decisiones adoptadas por el legislador en el marco constitucional; y ello aunque consideren que aquellas decisiones legislativas no son óptimas desde una perspectiva constitucional.

60. Lo hasta aquí expuesto es la comprensión generalizada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de la *teoría de la norma tuitiva* (o doctrina de las normas de protección) [124]. Con esta expresión se da nombre a un catálogo de métodos y reglas útiles para hallar el contenido subjetivo de las normas jurídicas. Se parte, en todo caso, de que la búsqueda de derechos subjetivos es una aplicación de las teorías de la interpretación; y por lo mismo, no es posible sustituir la interpretación normativa por la simple identificación de los perjuicios reales que soportan los particulares. El catálogo de métodos y reglas interpretativos no está, por lo demás, cerrado, sino siempre abierto

[121] *BVerfGE*, 78, 214 (226); 83, 182 (195).

[122] Coincide, en líneas generales, WAHL, *DVBl*, 1996, p. 641 (645).

[123] SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, p. 213.

[124] *BVerwGE*, *NVwZ*, 1987, pp. 409 y s.; *BVerwGE*, 78, 40 (42 y s.); también *BVerfGE*, 83, 182 (194 y s.); STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 65 II 3 y 4; SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 19 IV, núms. margs. 127 y ss.; SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 186 ss. Críticos, en cambio: BAUER, *AöR*, 1988, pp. 582 ss., aunque conforme en cuanto a la exigencia de una base normativa (612); BLANKENAGEL, *DV*, 1993, p. 1 (4 y 5).

a nuevos desarrollos. La relevancia de cada criterio interpretativo no ha sido constante en el pasado, y así seguirá siendo en el futuro. La comprensión actual de la doctrina de la norma tuitiva pasa por tres notas características [125]: En primer lugar, la finalidad de protección subjetiva de una norma no se puede deducir únicamente —ni siquiera de forma preferente— de la voluntad del legislador. Es frecuente, en segundo lugar, que la finalidad tuitiva de una norma no resulte de su propio tenor, sino de una interpretación sistemática; de ahí que sea preciso prestar atención, en cada caso concreto, al contexto normativo e institucional. Del contexto puede resultar, ciertamente, el carácter subjetivo de una norma, pero también la inexistencia de un verdadero derecho subjetivo. En tercer lugar, los derechos fundamentales pueden desempeñar un papel muy relevante para identificar el fin tuitivo de una norma. Se puede decir, en este sentido, que los derechos fundamentales dotan de sentido interno a otras normas [126].

3. *Derivaciones inmediatas a partir de los derechos fundamentales*

61. Es dudoso en qué medida se pueden deducir directamente derechos subjetivos administrativos a partir de los derechos fundamentales. Esto es: si los derechos fundamentales no sólo dotan de sentido interno a las normas administrativas (a lo que se ha hecho referencia más arriba), sino que, además, esos mismos derechos fundamentales despliegan una suerte de "eficacia externa". Se ha aceptado esa deducción de derechos subjetivos administrativos cuando en el propio ámbito de protección del derecho fundamental se pueden localizar con precisión los elementos que dan vida al derecho subjetivo administrativo: los bienes jurídicos afectados, la forma en que pueden ser lesionados y las reacciones jurídicas necesarias frente a la lesión. Valga como ejemplo la identificación de un derecho de defensa frente a aquellas actuaciones administrativas que, amén de ilegales, condicionan o determinan la conducta de sus destinatarios. La doctrina mayoritaria deduce aquí un derecho subjetivo de defensa a partir del derecho de libertad del art. 2.I GG. Pero si se profundiza algo más en el análisis se puede afirmar que no basta con la existencia de una actuación administrativa ilegal para la identificación de un derecho reaccional o defensivo; es necesaria, además, una *conexión de antijuridicidad* entre la norma infringida y el ámbito de protección del derecho fundamental (*vid.* 4/58).

[125] Sobre esto véanse mis explicaciones en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 19.IV, núms. margs. 137 y ss.; WAHL, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, introducción a § 42.2, núms. margs. 98 y ss.

[126] La justificación de lo dicho puede encontrarse en SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 41 ss.

62. Más allá de los casos expuestos hay que calificar de excepcional la extracción de nuevos derechos subjetivos a partir de los derechos fundamentales. Esta conclusión es especialmente clara en relación con ámbitos donde confluyen múltiples y diversos intereses. La jurisprudencia tradicional venía identificando derechos de defensa frente a perjuicios "graves e intolerables" [127]; se venía a subjetivizar ciertos intereses protegidos por el ordenamiento en razón de la intensidad del gravamen soportado. Más recientemente el Tribunal Administrativo Federal ha dejado abierta la cuestión sobre en qué medida se pueden deducir derechos subjetivos de defensa directamente a partir del derecho de propiedad del art. 14.I.1 GG. El mismo Tribunal ha hecho hincapié en que —con carácter general— no se pueden extraer pretensiones de tutela de derechos fundamentales siempre que estamos en presencia de normas que protegen posiciones jurídicas individuales [128]. En la misma línea se viene hablando en la doctrina de un «abandono de la deducción de nuevos derechos subjetivos a partir de los derechos fundamentales» [129]. No se trata de minusvalorar el contenido valorativo propio de los derechos fundamentales, sino, simplemente, de prescindir de una concreta construcción jurídica pensada para hacer eficaces estos derechos [130]. En la medida en que el legislador y la jurisprudencia definan con precisión la eficacia de las normas protectoras de intereses individuales, no hay necesidad alguna de deducir nuevos derechos subjetivos a partir de los derechos fundamentales; así ocurre en la actualidad, por ejemplo, con las normas sobre las relaciones de vecindad, donde es innecesario deducir nuevos derechos subjetivos a partir del Derecho de propiedad del art. 14 GG. Ocurre, eso sí, que no todos los sectores administrativos están tan bien estructurados como el Derecho de vecindad. En esos otros ámbitos aún es posible construir derechos subjetivos —con fundamento en los derechos fundamentales— a partir de normas protectoras de situaciones individuales, al menos allí donde los intereses protegidos por el ordenamiento administrativo son groseramente desconocidos.

IV. Nuevas críticas y tendencias

63. La construcción sistemática del Derecho administrativo ha recibido en las últimas décadas un impulso decisivo al utilizar como punto de partida el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del individuo. Con todo, este anclaje en los derechos fun-

[127] *BVerwGE*, 32, 173 (178 y s.); 36, 248 (249); 44, 244 (246); 45, 309 (330); 50, 282 (287).

[128] *BVerwGE*, 89, 69 (78); *vid.* también *BVerwGE*, 88, 191 (203).

[129] WAHL, en *FS für Redeker*, pp. 245 ss.; del mismo, *DVBl*, 1996, pp. 641 ss. Sobre el alcance protector de los derechos fundamentales, *vid.* BLANKENAGEL, *DV*, 1993, p. 1 (11 y 12 y 22 y 23); ENDERS, *AöR*, 1990, p. 660 (en especial, 628 ss.).

[130] WAHL, *DVBl*, 1996, p. 641 (649).

damentales entraña al mismo tiempo riesgos que no conviene olvidar, riesgos que afectan a la propia construcción científica del Derecho administrativo. Piénsese así en el peligro de que se acabe concediendo una relevancia exacerbada a consideraciones de equidad, entendida como justicia del caso concreto. O bien en el peligro de construir una dogmática administrativa excesivamente especializada en derredor de concretos derechos fundamentales del individuo.

1. *El principio de proporcionalidad y la potestad de la Administración de atender a la equidad o justicia del caso concreto*

64. El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ha permitido al Derecho administrativo introducir una marcada dimensión individual, una mayor atención a los intereses del individuo. Así, por ejemplo, toda acción individual o procedimiento administrativo ha de contemplar los intereses individuales de los afectados, sus intereses son considerados como «intereses tutelados por los derechos fundamentales» (HÄBERLE). La dimensión individual del Derecho administrativo se pone de manifiesto fundamentalmente en el principio de prohibición de exceso, en particular por medio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y los criterios de adecuación y exigibilidad , así como en los principios de igualdad y de protección de la confianza legítima (*vid.* 6/84). Pues bien, recientemente se ha pretendido disolver todos estos principios y los parámetros que ellos encierran en una suerte de supraprincipio general o potestad de la Administración de actuar conforme a equidad o a la justicia del caso concreto [131]. Dicho supraprincipio, concebido como guía única de actuación, aspira a situar las circunstancias del caso concreto en el primer plano de la práctica administrativa, superando así toda tendencia a automatizar la aplicación del Derecho y a tipificar la actividad de la Administración. Aplicarlo exige, pues, concebir la organización y los procedimientos administrativos en términos tales que una y otros permitan obtener y sistematizar un conocimiento individualizado de todos los administrados. Lo cual otorga un papel destacado a la relación entre éstos y la Administración, una relación en la que se pone de relieve, de un lado, el deber de la Administración de atender los intereses individuales de los administrados, y, de otro, la carga que estos últimos asumen en la formulación de sus propios intereses.

65. Ahora bien, la potestad de la Administración de actuar con base en consideraciones de equidad encierra dos peligros. Para empezar, dicha potestad puede permitir que la Administración se desvincule aun más de la Ley, así como debilitar el principio de igualdad, en la medida en que dichas consideraciones de equidad obligan a operar

[131] Sobre este tema *vid.* PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseln*, esp. pp. 325 ss.

sobre la base de diferenciaciones *ad casum* cada vez más pormenorizadas. Además, al intensificar la atención prestada al caso individual, algo, por lo demás, típicamente procesal, se obliga a los tribunales de justicia a abandonar una visión contextual más amplia de las decisiones administrativas sometidas a su revisión. Los controles de proporcionalidad de las decisiones administrativas pueden así convertirse fácilmente en juicios de adecuación de una determinada medida al fin por ella perseguido, en juicios orientados fundamentalmente a verificar el nivel de satisfacción de los intereses individuales de los demandantes, sin tener en cuenta la labor global de la Administración, ni reconocer el carácter típico de su actuación . De ahí que algún autor haya apuntado, acertadamente, que la prohibición de exceso debe a su vez aplicarse con mesura y proporción [132]. Todo ello implica que no resulte aceptable la propuesta de que la Administración deba aplicar un principio general de equidad, por encima de los principios específicos que más arriba se señalaban. Más bien, y por el contrario, deberían abandonarse los excesos que a veces se cometen al aplicar el principio de proporcionalidad, y reconducirlo a su auténtico substrato jurídico [133]. A esta exigencia apunta también el uso prudente que de este principio llevan a cabo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [134] y tribunales de otros Estados europeos [135]. Y es que aunque el principio de proporcionalidad es, qué duda cabe, una contribución esencial del Derecho alemán al desarrollo del Derecho europeo (art. 3.B.3 del TCE *), otros ordenamientos jurídicos han sabido evitar una aplicación deformada o excesivamente centrada en la vertiente individual, a la hora de utilizar cada uno de los criterios singulares que integran el principio de proporcionalidad.

2. *Derechos administrativos especiales derivados de derechos fundamentales específicos*

66. Contemplar el Derecho administrativo desde la perspectiva de los derechos fundamentales implica tomar como punto de partida los contextos en que cobra sentido cada derecho fundamental. Este punto de partida permite la identificación de nuevas partes especiales del Derecho administrativo, derivadas de específicos derechos fundamentales. Se trata, efectivamente, de nuevos ámbitos o sectores del

[132] OSSENBÜHL, en *Festschrift für Lerche*, p. 151 (esp. pp. 156 ss.).

[133] Cfr. KIRCHHOF, en *Festschrift für Lerche*, p. 133 (pp. 135-137).

[134] Sobre este tema *vid.* VON BOGDANDY y NETTESHEIM, en GRABITZ y HILF, *Europäische Union*, art. 3b EGV, núms. margs. 42 y ss.; SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, pp. 830 ss.; cfr. STJCE, *Rec.*, 1989, p. 2237 (2270).

[135] Para una visión de Derecho comparado, *vid.* SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, pp. 663 ss.

* *N. del T.*: Art. 3B.3 TCE: «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

Derecho administrativo, que no se ordenan sobre la base de la clasificación tradicional por materias del Derecho administrativo especial [136], sino en función de las áreas temáticas o ámbitos de la realidad de los derechos fundamentales que estén en juego. Este criterio de ordenación puede ofrecer fructíferos impulsos al desarrollo del Derecho administrativo. En determinadas circunstancias puede incluso conducir a la creación de nuevas figuras jurídicas a un nivel intermedio entre las diversas partes del Derecho administrativo especial tradicional y las doctrinas del Derecho administrativo general (*vid.* 1/16). La creación jurídica más relevante a este tercer nivel es la dogmática de la ponderación en materia de planificación, desarrollada con base en el derecho fundamental de propiedad (art. 14 GG) para el derecho de ordenación urbana [137] y trasladada luego a otros supuestos de planificación con incidencia en el derecho de propiedad. Esta dogmática informa hoy, en efecto, la estructura jurídica general de la actividad administrativa de planificación [138].

Es, con todo, excepcional que los derechos fundamentales desplieguen tal eficacia. Antes bien, la excesiva atención de que son objeto derechos fundamentales concretos del individuo dificulta el mantenimiento de los estándares del Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional Federal ha advertido así, con acierto, que el derecho procedimental general puede disolverse en un entramado de posiciones jurídicas subjetivas a modo de acciones diseñadas a la medida de cada derecho fundamental [139]. Del mismo modo, el énfasis en la dimensión protectora de los derechos fundamentales puede dar lugar a distorsiones al producir un Derecho administrativo de intensidad dogmática unidimensional. Por todo ello, la amplia eficacia que los derechos fundamentales despliegan en el sistema del Derecho administrativo debe asimilarse de forma mesurada, especialmente a través de la reflexión y del diálogo constante con la dogmática y la práctica administrativa precedente. Una y otra se presentan aquí como un necesario complemento modulador de esa eficacia [140].

C. EL ESTADO DE DERECHO COMO ESTRUCTURA

67. El principio del Estado de Derecho se traduce en el establecimiento de un estatus individual basado en los derechos funda-

[136] Sobre el desarrollo de dicha ordenación, *vid.* STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, pp. 395 ss.

[137] *BVerwGE*, 45, 309 (312 y ss.); ya sobre el tema, *BVerwGE*, 34, 301 y ss.; WEYREUTHER, *DÖV*, 1977, p. 419 (423 ss.).

[138] Cfr. BADURA, en ERICHSEN, *Verwaltungsrecht*, § 39, núm. marg. 24.

[139] *BVerfGE*, 60, 253 (297); cfr. RASCHAUER, *Verwaltungsrecht*, núm. marg. 27: «Flucht in Grundrechtsfragen».

[140] PIETZCKER, en *Festschrift für Bachof*, p. 131 (149); en sentido semejante, ZUCK, en *Festschrift für Sendler*, p. 155 (156 ss.).

mentales y en un orden funcional anclado en la separación de poderes. En él se aúnan elementos jurídicos objetivos y subjetivos [141]. La sistemática jurídico-administrativa ha asumido este doble requisito de garantía, cuyas piedras de toque se encuentran en el *principio de legalidad* y en el *derecho subjetivo*. Son éstas piedras de toque que, lejos de constituir dos dimensiones independientes del Estado de Derecho, se encuentran estrechamente interrelacionadas: en efecto, los derechos subjetivos surgen primordialmente de la ley y su significado se precisa a través de la interpretación de ésta (*vid.* 2/55-62); pero el derecho subjetivo condiciona a su vez la aplicación de los instrumentos de tutela jurídica de base legal. Esta estrecha relación entre el principio de legalidad y el derecho subjetivo aparece claramente recogida en el art. 19.IV GG *, el cual prevé la modalidad más importante de control de la Administración, el control judicial, para aquellos supuestos, y sólo para aquellos supuestos, en los que está en juego la violación de un derecho subjetivo (*vid.* 4/57-58). La dimensión jurídico-objetiva y la jurídico-subjetiva del Derecho administrativo se remiten, pues, la una a la otra. Lo cual no significa que sus ámbitos sean idénticos. El respeto del principio de legalidad es sin duda un deber objetivo de la Administración a todos los niveles, pero sin que exista un derecho de los particulares de alcance igualmente general para exigir su cumplimiento (*vid.* 2/58). Igualmente importante es en este contexto la búsqueda de estructuras trascendentes que aseguren la necesaria racionalidad del Estado de Derecho.

I. El significado de la Ley en el Estado de Derecho

68. La ley es, desde la perspectiva del Estado de Derecho, garantía de previsibilidad, ecuanimidad y estabilidad. Es, desde el punto de vista material, programa, y desde el formal, orden procedimental (*vid.* 2/10). En ella se formulan soluciones para supuestos de colisión entre intereses privados, y se configuran los medios para la persecución de intereses públicos. En este terreno, la Ley aglutina la pretensión parlamentaria de dirección, la competencia administrativa de ejecución y el mandato judicial de control. Como instrumento de determinación tanto del contenido como de los límites de posiciones jurídicas subjetivas, la Ley es importante en la misma medida para la tutela de los derechos fundamentales y para el mantenimiento del orden funcional de separación de poderes.

[141] SCHMIDT-ASSMANN, en *HStR*, vol. 1, § 24, núms. margs. 46 y ss. Sobre la relación entre derechos humanos y soberanía popular, consúltese HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, pp. 112 ss.

* *N. del T.*: Art. 19.4 GG: «Cualquier persona cuyos derechos sean lesionados por los poderes públicos puede recurrir por la vía judicial. Siempre que no se establezca la competencia de otra jurisdicción será competente para conocer de estos recursos la jurisdicción ordinaria. Esto se entiende sin perjuicio de la frase segunda del apartado segundo del artículo 10».

La posición central de la Ley en el conjunto del ordenamiento jurídico administrativo se explica, aún hoy, en clave histórica: el sometimiento de la Administración al Derecho tuvo lugar mediante la vinculación a la Ley, como programa normativo que había de ser ejecutado a través de una precisa secuencia de actos administrativos singulares. Precisamente por ello hoy vuelve a cuestionarse la relevancia de la Ley en el contexto del Derecho administrativo moderno. Y es que ni la capacidad de actuación rápida que el Estado social prestacional debe poseer, ni la dinámica propia del desarrollo tecnológico, pueden reconducirse con facilidad a programas abstractos de formulación apriorística. Ahora bien, estas objeciones al lugar central que la Ley ocupa en la sistemática del Derecho administrativo no pueden conducir al abandono de la primera en el seno del segundo. Para empezar, las críticas apuntadas se refieren tan sólo a algunas áreas de Derecho administrativo, mientras en otras la función de dirección tradicional de la Ley sigue sin ser problemática. Pero incluso en sectores donde cabe constatar un déficit de eficacia de la Ley, éste debe compensarse mediante la búsqueda de otros medios de dirección y de otras formas de ejecución. Y también aquí la Ley se ofrece como punto de partida, en la medida en que actúa como programa final, como regulación de procedimientos, o como marco de ordenación. Cuál ha de ser su labor en cada caso concreto, y cuáles las estructuras fácticas adecuadas para desempeñarla, son cuestiones a precisar una vez que se haya determinado también en cada caso la trascendencia democrática de la Ley, y se haya revelado de forma más precisa su ensamblaje en el esquema de separación de poderes (*vid.* 4/7-10). En todo caso, y desde la perspectiva del Estado de Derecho, la Ley sigue siendo piedra angular insustituible del Derecho administrativo, al que proporciona estructura y transparencia.

II. Las funciones o tareas del derecho subjetivo

69. El derecho subjetivo concreta y da forma a la voluntad de los individuos de instituir un orden jurídico para la persecución de intereses propios [142]. Y al hacerlo otorga a la tutela de la individualidad y de la personalidad su lugar, necesariamente central, dentro del ordenamiento (*vid.* 1/27-29). La *individualidad* hace referencia a la posibilidad de exigir e imponer el respeto y la consideración que cada persona concreta merece. La tutela de la *personalidad* prohíbe la equiparación global entre intereses públicos y privados, impidiendo que los ciudadanos puedan ser utilizados para fines estatales en el desempeño de funciones de organización y de responsabilidad públicas. Al

[142] ERICHSEN, en la obra dirigida por él, *Verwaltungsrecht*, § 11, núm. marg. 30; STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 65.II.

hacer valer sus derechos subjetivos el individuo no es, pues, ni guardián ni representante de intereses sociales o públicos. Si contemplamos el ordenamiento desde la perspectiva de las relaciones jurídicas, los derechos subjetivos no aparecen como algo redundante. La teoría de las relaciones jurídicas viene más bien a precisar y complementar el concepto de derecho subjetivo. Y es que las relaciones jurídicas son, en parte, condición para el nacimiento de los derechos subjetivos; y también en parte constituyen el marco dentro del que éstos se desenvuelven [143]. Asimismo, las garantías clásicas del Estado de Derecho adquieren un alto nivel de precisión, y pueden hacerse valer con más agilidad, gracias a su organización en torno a los derechos subjetivos. Efectivamente, la figura del derecho subjetivo aglutina las diversas manifestaciones que de la tutela material del individuo existen en un Estado de Derecho. Así, y junto a sus efectos primarios como derecho a defenderse jurídicamente frente a las vulneraciones, como derecho a no ser perturbado, y como derecho a obtener prestaciones, ha de tenerse también en cuenta, a un nivel secundario, su crucial incidencia en el sistema jurídico administrativo. En efecto, el derecho subjetivo define la legitimidad para recurrir ante los tribunales de justicia, contribuyendo al hacerlo a delimitar el uso que puede hacerse del aparato judicial; y al articular la incidencia que el desempeño de las funciones administrativas tiene sobre terceras personas, el derecho subjetivo delimita también la obligación de la Administración de indemnizar a los administrados.

70. El derecho subjetivo público es, qué duda cabe, una figura jurídica que viene utilizándose desde antes de que adquiriese el significado preciso que se acaba de apuntar [144]. Por el contrario, la completa subjetivización de la relación entre ciudadano y Estado, subrayada por el concepto de tutela jurídica omnicomprensiva de los derechos del individuo (*vid.* 4/56-69), es resultado de la evolución del Derecho desde la segunda posguerra. Fritz OSSENBÜHL la ha calificado de «verdadero giro copernicano en el sistema jurídico administrativo» [145]. Tampoco esta evolución ha escapado a la crítica. Así, de una parte, se ha responsabilizado al gran número de derechos subjetivos de origen legal o jurisprudencial de la sobrecarga de trabajo a que se enfrentan hoy los tribunales administrativos, así como de provocar una excesiva juridificación de las relaciones sociales. De otra parte, el derecho subjetivo, con sus connotaciones individualistas, se percibe como una institución ya superada en el contexto actual, en el que la "sociedad del

[143] Así, también, MAURER, *Verwaltungsrecht*, § 8, núm. marg. 16; en sentido distinto se pronuncia ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 20, núm. marg. 68.

[144] Sobre este punto, BAUER, *Geschichtliche Grundlagen*, pp. 22 ss.; MASING, *Mobilisierung des Bürgers*, pp. 56 ss.

[145] OSSENBÜHL, en JESERICH, POHL y VON URUH, *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 5, p. 1143 (1146).

individuo" ha sido ampliamente sustituida por una "sociedad de las organizaciones" (*vid.* 1/28) [146]. Por último, también se ha puesto en duda si un Derecho administrativo moldeado con base en el derecho subjetivo está en condiciones de asimilar los impulsos evolutivos procedentes del Derecho europeo, habida cuenta de la importancia que éste otorga a su imposición objetiva.

71. En este punto la Ley Fundamental ha adoptado, sin embargo, una posición muy clara: al someter a todos los poderes públicos a los derechos fundamentales en su art. 1.III *, la Ley Fundamental impone la subjetivización del ordenamiento jurídico como algo irrenunciable. La misma conclusión se desprende de la orientación global del Derecho administrativo a la tutela de los derechos fundamentales del individuo (*vid.* 1/27-29). Todo desarrollo del Derecho administrativo debe aspirar a complementar dicha orientación, pero no puede venir a relativizarla.

72. En cuanto a la creciente importancia que hoy adquieren las asociaciones y organizaciones, ésta se encuentra ya asumida en el orden constitucional, en la medida en que el art. 19.III GG ** las integra en la subjetivización del ordenamiento (*vid.* 2/46). Por otro lado, las situaciones de dependencia en que se pueden encontrar los individuos respecto a las organizaciones tampoco son ajenas a la tutela jurídica ofrecida por los derechos fundamentales, puesto que ésta se extiende también a la estructura interna de las organizaciones y contempla las relaciones de poder que pueden crearse autónomamente en la sociedad junto al poder ejercido desde el Estado [147].

73. Cuando un derecho subjetivo pasa de proteger sólidas posiciones jurídicas a convertirse en instrumento de protección cualificada de intereses determinados en relaciones jurídico-administrativas multipolares, se hace preciso tomar en consideración las condiciones reales que subyacen al nacimiento del derecho de que se trate ***. A modo

[146] Cfr. BAUER, *Geschichtliche Grundlagen*, pp. 128 ss.; en el mismo sentido *vid.* DAMM, *ARSP*, 1993, p. 159 (162).

* *N. del T.:* Art. 1.3 GG: «Los derechos fundamentales enumerados en los siguientes artículos vinculan como Derecho directamente aplicable a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial».

** *N. del T.:* Art. 19.3 GG: «Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquéllos les sean aplicables».

[147] Al respecto, SCHMIDT-PREUSS y DI FABIO, *VVDStRL*, vol. 56, pp. 160 ss. y 235 ss.; también TRUTE, *DVBl*, 1996, pp. 950 ss.

*** *N. del T.:* El autor contrapone los derechos subjetivos que tienen un contenido concreto y determinado que la Administración debe respetar, por ejemplo, el derecho del funcionario a la percepción de unas retribuciones fijadas por Leyes, reglamentos y actos administrativos, frente a otros derechos subjetivos, que normalmente se han comenzado a reconocer como tales en etapas recientes, que consisten en la facultad que tienen determinados sujetos de participar eficazmente en los procedimientos que llevan a la adopción de resoluciones o normas admi-

de ejemplo, cuanto más acusada sea la presencia de derechos subjetivos en contextos de planificación, más importante será analizar, y en su caso ordenar jurídicamente, los intereses reales sobre los que se asientan y articulan aquellos derechos (*vid.* 3/50-54). También aquí se pone de manifiesto la trascendencia de que los requisitos para una comunicación transparente sean respetados en todas las instituciones jurídico-administrativas [148]. Contemplado desde la perspectiva de las relaciones jurídicas, un importante cometido del Derecho es, precisamente, garantizar la formación de derechos subjetivos. Se produce así desde esta perspectiva lo que podríamos llamar una "procedimentalización" de la doctrina del derecho subjetivo [149].

74. Junto a estas reflexiones sobre el desarrollo del derecho subjetivo, es necesario detenerse también a considerar otros *institutos complementarios*. El Derecho comparado europeo y el Derecho comunitario sitúan en primer plano la cuestión de si es posible reconocer a los individuos una legitimación para recurrir por encima de la que se deriva de sus derechos subjetivos (*"intérêt pour agir", "sufficient interest"*) (*vid.* 1/59) [150]. También en el Derecho alemán puede ser adecuado ampliar el control judicial de la Administración de cara a proteger un interés general en la aplicación del Derecho. Se trataría, en concreto, de conceder un derecho de acción judicial a individuos, y no sólo a asociaciones, que puedan actuar como "representantes" de dicho interés general, por gozar de una cierta relación de proximidad con los asuntos de que se trate (*vid.* 4/77-79). Ahora bien, tal legitimación no debe integrarse en el bien definido ámbito de protección de los derechos subjetivos del individuo, sino mantenerse separada de éste. Lo que un individuo debe hacer en calidad de representante se define esencialmente por las expectativas de los representados y del público en general. Puede, sobre todo en el transcurso de una larga actividad de salvaguardia de intereses ajenos, desviarse de manera considerable de lo que el representante consideraría sensato desde la perspectiva de sus intereses propios. El *status procuratoris* no es un *status libertatis*. Por ello, la noción de derecho subjetivo, y el sólido estándar de tutela de la libertad individual que en ella se integra, debe permanecer independiente, en su estructura básica, de una legitimación para recurrir definida en términos más amplios.

nistrativas que afectan a su posición jurídica. A diferencia de los anteriores, estos derechos no tienen un contenido material tan concreto, sino que son derechos procedimentales.

[148] Especialmente en relación con el derecho subjetivo, véase HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, pp. 112 ss.

[149] Sobre la función sistémica procesal del derecho subjetivo consúltese PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, pp. 649 ss.; sobre las relaciones jurídicas contractuales *vid.* KREBS, *VVDStRL*, vol. 52, p. 248 (esp. p. 258).

[150] Sobre este punto, GERSTNER, *Drittschutzproblematik*, *passim*.

III. La garantía de racionalidad

75. Ley y derecho subjetivo son dos importantes elementos estructurales de que el Estado de Derecho se sirve para la construcción sistemática del Derecho administrativo, pero no son los únicos. De hecho ya empiezan a vislumbrarse las fronteras de lo que uno y otro tienen que ofrecer en este terreno. Ello nos obliga a articular otros elementos que puedan contribuir a hacer valer las garantías del Estado de Derecho en el contexto jurídico administrativo. En este sentido interesa destacar que el Estado de Derecho no tiene como único objetivo proteger aisladamente una determinada esfera privativa del individuo. Más bien aspira —en formulación de Konrad HESSE— a la «racionalización de la situación pública global» [151] en términos omnicomprensivos (*vid.* 2/2). De ahí que se haga preciso buscar suplementos regulativos que, más allá de lo que atañe a la tutela del ámbito privado, contribuyan a esclarecer cuáles son los intereses que median entre la formulación de leyes abstractas y su aplicación en casos concretos. La racionalización del Estado de Derecho debe entenderse «como la organización planificada del desempeño en lo posible finalista y efectivo de las tareas del Estado» [152]. La racionalidad se convierte en un cometido trascendente, mediante el cual el discurso jurídico se mantiene, como medio de ordenación política, en conexión con el discurso social general. Aquí reside precisamente la función central de la discrecionalidad de la Administración (*vid.* 4/49-54). En efecto, que el Estado de Derecho encierre un mandato general de racionalidad no significa que todos los parámetros normativos de la acción administrativa tengan el mismo tratamiento jurídico y sean enteramente justiciables (*vid.* 2/22-23). Más bien se trata de elaborar un conjunto sistemático de criterios para la actuación a la Administración y de integrar en ese sistema todas las normas jurídicas y sus conexiones.

76. El Derecho procedimental y de organización ocupa en este terreno una posición reconocida. La doctrina de los derechos fundamentales apunta ya a la crucial importancia de ambos (*vid.* 2/42-43). Pero la trascendencia jurídica del procedimiento y la organización no deriva tan sólo de su conexión con los derechos fundamentales; se trata antes bien y en ambos casos de medios de estructuración racional muy generales. «De ahí que el deber de organización racional surja del principio del Estado de Derecho entendido en términos sustantivos» [153]. Éste exige no sólo la transparencia de cada paso procedi-

[151] HESSE, en *Festgabe für Smend*, p. 71 (83); también SCHLUCHTER, *Entscheidung für den Sozialen Rechtsstaat*, esp. pp. 182 ss.

[152] TRUTE, *Forschung*, p. 194. Sobre la relación de interdependencia entre bienestar general y racionalidad, véase también ARNIM, *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, pp. 75 ss.

[153] KREBS, en *HStR*, vol. 3, § 69, núm. marg. 77.

mental concreto (*vid.* 6/114-121) y la claridad de la ordenación competencial, sino además la coordinación racional entre la organización del Estado y las tareas que le competen (*vid.* 5/15-17).

77. Algunos de los importantes cometidos que la racionalidad del Estado de Derecho impone los asumen ya las figuras de la planificación y del plan. Se entiende por planificación la ejecución de un bosquejo normativo apoyado en la clasificación analítica de situaciones presentes y en el pronóstico de desarrollos futuros. El plan elabora luego cuidadosamente la relación entre la situación de partida, el objetivo y los medios para alcanzarlo. Como bosquejo normativo el plan debe introducir también de forma armoniosa futuras medidas de ejecución. Pero la racionalidad de la planificación y del plan no reside tan sólo en su eficacia directiva, sino también, y sobre todo, en la configuración de ambos como procesos abiertos de presentación y clarificación de intereses. En una Sentencia de 17 de julio de 1996, el Tribunal Constitucional Federal puso de relieve el significado de la planificación y del plan como instituciones de Derecho público que responden a un grado medio de concreción: «Sobre la base de este rasgo, la planificación estatal no puede clasificarse de forma unívoca, ni como actividad legislativa, ni como ejecutiva. Por un lado, la planificación no puede entenderse como la primacía de la subsunción de circunstancias reales en el estado de cosas tipificado en una norma general. Por otro, la decisión de planificación no presenta tampoco una disposición general y abstracta para un número indeterminado de casos. Se trata más bien de un complejo proceso de obtención, selección y procesamiento de información, del establecimiento de objetivos y de la selección de los medios para alcanzarlos. La planificación no tiene, pues, carácter condicional, sino final» [154].

78. A la racionalidad que el Estado de Derecho impone se aspira también, finalmente, a través del Derecho financiero y el control de las finanzas (*vid.* 4/82-87). En efecto, el criterio de economía imperante en uno y otro terreno es una manifestación especial del principio de racionalidad [155]. Aunque hasta ahora el Derecho financiero y el Derecho presupuestario han estado poco integrados en la doctrina general del Derecho administrativo, ésta los toma cada vez más en consideración, destacando acertadamente que ambos se articulan en torno a los intereses en el ahorro de recursos y en el aligeramiento de la presión sobre los contribuyentes. Esto convierte al Derecho financiero y al control de las finanzas en elementos centrales de cara a asegurar la calidad de la actividad administrativa, y, por tanto, en componentes necesarios del Estado de Derecho. «Derecho presupuestario y Derecho administrativo de obligaciones, revisión de cuentas y control judicial,

[154] *BVerfGE*, 95, 1 (16).

[155] Cfr., en este punto, EICHHORN, en *HWÖ*, pp. 1795 ss.

se confirman, respectivamente, como dos parámetros de control y dos controles yuxtapuestos que aspiran a alcanzar un objetivo común: que la Administración pueda llevar a cabo sus cometidos con altos niveles de calidad pero también de economía, respetando, pues, las posibilidades financieras del Estado» [156].

SECCIÓN 2.ª El significado del principio democrático

79. La decisión constitucional en favor de la democracia influye en la construcción del sistema de Derecho administrativo, de un lado, a través de la obligación de legitimación (A), y, de otro, ante todo, a través de las exigencias de publicidad y la búsqueda del consenso en torno a las decisiones estatales (B). Dicha decisión tiene como objetivo la organización de un «orden orientado al bien común a través de decisiones libres de la comunidad sobre sí misma» (*vid.* 2/3). Desde el principio están, pues, aquí en juego, más que fenómenos aislados, contextos y estructuras de actuación [157]. Ello dificulta el trabajo de la ciencia jurídica, acostumbrada como está al tratamiento de fenómenos aislables y abarcables. De ahí que en una Sentencia de 1990 el Tribunal Federal Administrativo se expresara como sigue: «El principio democrático es un principio objetivo del Estado, el cual, aun en la medida en que se funda en el consenso entre Estado y ciudadanos y en la transparencia de la actividad estatal, no autoriza sin más consecuencias jurídicas concretas en favor de ciudadanos individuales» [158]. Por otro lado, el Derecho de organización y procedimental encierra numerosos institutos y disposiciones de indudable contenido democrático, y ello incluso en ámbitos de aplicación especiales, como puede ser el Derecho municipal. Los métodos de análisis, comparación, sistematización y analogía actúan en estos ámbitos como instrumentos de conexión con el principio democrático, como medios para superar las dificultades de su concreción en contextos específicos. No cabe, pues, duda alguna respecto a la importancia del principio democrático para el Derecho administrativo [159], un principio cuyas consecuencias se extienden más allá de las fronteras del Derecho administrativo nacional hasta el Derecho administrativo europeo (*vid.* 7/38-45).

[156] KIRCHHOF, *NVwZ*, 1983, p. 505 (515).

[157] Cfr. ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 5, núms. margs. 36, 38; FABER, *Verwaltungsrecht*, § 12.

[158] BVerwG, *NJW*, 1991, p. 936 (937).

[159] Cfr. BROHM, *DVBl*, 1986, p. 321 (329); HILL, *DVBl*, 1993, p. 973 (977); SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 156 ss.

A. LA LEGITIMIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

80. Hablar de la legitimidad del poder de la Administración es preguntarse por su justificación o fundamento. La esencia de la legitimidad se muestra con claridad en los supuestos de legitimación democrática (*vid.* 2/81-89), pero se debe hacer valer también en aquellos sectores de la organización estatal que se organizan en unidades independientes y en los que se plantean formas de legitimación autónomas (*vid.* 2/90-93). En la concepción que fluye de la Ley Fundamental de Bonn el poder se legitima mediante su capacidad de conexión con la fuente de dicha legitimación. Dicha capacidad de conexión se manifiesta en un doble sentido: De un lado, nos referimos a una conexión *real* que se consigue a través de determinados mecanismos de imputación [160]. De otro lado, se configura como una conexión *ideal*, en la que se refleja, en el contenido de las decisiones adoptadas, la estructura particular del sujeto de la legitimidad [161]. Ambos aspectos deben asegurar que el poder estatal sea un *poder autodeterminado* (esto es, determinado por el sujeto del que emana la legitimación) y *un poder orientado a la satisfacción del interés público*. La legitimación es junto al sometimiento al Derecho el segundo gran tema del Derecho administrativo en el Estado constitucional. La garantía, propia del Estado de Derecho, del interés individual frente a la imposición de los intereses públicos se contrapone a la salvaguarda, derivada del principio democrático, de los intereses públicos frente al interés particular como segundo principio del sistema [162]. Sobre esta base no puede edificarse ningún modelo definitivo, más bien se trata de alcanzar un nivel de legitimidad que corresponda a las funciones encomendadas a la Administración y a la intensidad del poder de dirección que se le quiera atribuir a la misma (*vid.* 2/98-99).

[160] *BVerfGE*, 83, 60 (72 y 73); 93, 37 (66 y 67). Para el ejercicio de poder público a través de la Unión Europea, *BVerfGE*, 89, 155 (182 ss.).

[161] SCHMIDT-ASSMANN, *AöR*, 1991, pp. 329 ss., en concreto, p. 355; TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss., en concreto, pp. 270 ss.

[162] La doctrina más reciente se ocupa intensamente de este tema. Para lo relativo a los poderes públicos en Alemania: OEBBECKE, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume*, pp. 67 ss.; EMDE, *Funktionale Selbstverwaltung*; JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, especialmente, pp. 138 ss.; KLUTH, *Funktionale Selbstverwaltung*, pp. 353 ss. Para un concepto de participación más amplio que se relaciona con cuestiones relativas a la participación y al consenso suscitado por las decisiones públicas: CZYBULKA, *Legitimation*, *passim*. Sobre la legitimación de la Unión Europea: KLUTH, *Demokratische Legitimation der EU*; OETER, *ZaöRV*, 1995, pp. 659 ss.

I. La legitimidad democrática

81. El elemento clave de la legitimidad de los poderes públicos es la legitimidad por el pueblo, tal como prescribe el art. 20.II GG *. Ello significa que la legitimidad ha de estar presente y resultar reconocible en toda la acción del Estado. El sujeto de esta legitimidad es, en efecto, el pueblo en cuanto conjunto de personas que no se determina en función de criterios o intereses específicos de pertenencia a un grupo, sino que conforma un colectivo genérico y, por así decirlo, indeterminado [163]. De ahí se desprende que la decisión política debe guardar una distancia, situarse en un punto medio para poder conciliar los intereses sectoriales e individuales, distancia que se adquiere haciendo abstracción de las especialidades o singularidades. Por su parte, el pueblo, entendido, como se ha dicho, como conjunto genérico de todos los ciudadanos, como colectividad indeterminada **, comprende el pueblo de la federación y, de acuerdo con la tradición y los principios de los Estados federales, también los pueblos de los Estados federados. El pueblo también son los habitantes de las comarcas y los municipios (art. 28.I.2 GG) ***, aunque el principio democrático impide que se otorgue fuerza legitimante a una pequeña comunidad por su adscripción territorial en vez de al pueblo en su conjunto [164]. Se demuestra así la característica de la libertad democrática que consiste en adoptar decisiones que satisfagan, de una forma más amplia, los diversos intereses en juego a través de la ya mencionada distancia respecto de los intereses individuales [165]. Tampoco se alcanza la legitimidad democrática, en el sentido del art. 20.II GG, a través de las corporaciones cuyos miembros están relacionados, principalmente, en virtud de un interés sectorial común, ya que la selección basada en criterios profesionales lleva, más bien, a la concentración en la defensa de un determinado interés, lo que excluye la generalidad, que sólo se logra con una adecuada distancia de dichos intereses. En conse-

* *N. del T.*: El art. 20.II GG establece que: «Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial» (tomamos la traducción de GARZÓN VALDÉS, GARCÍA MACHO y SOMMERMANN).

[163] Para el poder público alemán: *BVerfGE*, 83, 37 (55); sobre el tema en profundidad JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 204 ss. Este postulado se vuelve a manifestar en *BVerwGE*, 90, 104 (108) como principio jurídico de la organización al señalar el tribunal que las decisiones de órganos representativos deben ser adoptadas por el *conjunto* de sus miembros no por uno o por un grupo determinado de los miembros.

** *N. del T.*: El autor emplea el término *"Allgemeinheit"*, literalmente: "generalidad".

*** *N. del T.*: El art. 28.I.2 GG establece que: «En los *Länder*, distritos y municipios. El pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas» (tomamos la traducción de GARZÓN VALDÉS, GARCÍA MACHO y SOMMERMANN, en el texto principal se traduce *Länder* por Estado federal y *Kreis* por comarca).

[164] *BVerfGE*, 83, 60 (75).

[165] *Vid.* también *BVerfGE*, 47, 253 (272, 275).

cuencia, las formas independientes de legitimidad, propias de las corporaciones profesionales, deben caracterizarse, no como formas de legitimidad democrática, sino como formas de legitimidad autónoma derivadas del principio de participación (*vid.* 2/90-93).

1. *El modelo clásico: la legitimidad a través del Parlamento*

82. En la concepción del art. 20.II GG la legitimidad la proporcionan las votaciones y las elecciones que constituyen los puentes entre la sociedad y los poderes públicos constituidos. En consecuencia, los Parlamentos de la Federación y los Estados federados, nacidos de las elecciones, constituyen el centro de una estructura [166] que otorga, mediante un *sistema de imputación*, la legitimidad democrática a la Administración. «Esto presupone que el pueblo tiene una influencia efectiva a través de estos órganos en el ejercicio del poder. Sus actos deben, por tanto, atribuirse a la voluntad del pueblo ante el que han de responder por ellos» [167]. La efectividad en la transmisión de la legitimidad se deriva, por tanto, de *dos* elementos: de lo concluyente que resulte la imputación, lo que se ha de apreciar, más bien, de forma cuantitativa, y de lo sometida a responsabilidad que esté una decisión determinada. Ambos elementos se vienen relacionando tradicionalmente con la idea de jerarquía, ya que la claridad en la determinación de la competencia, el carácter concluyente de la imputación democrática y la garantía de una ejecución administrativa igualitaria son efectos positivos de una organización burocrática y jerarquizada a la que no se podrá renunciar nunca. Sin embargo, una teoría de la legitimidad que pretenda ser realista no puede construirse sólo a partir de esta idea, más bien debe tenerse en cuenta la multitud de flancos débiles que presenta el planteamiento jerárquico, que se muestran ya desde el momento en el que se ha de recopilar y procesar la información necesaria para administrar, e incluir el consenso en los métodos para adoptar decisiones [168]. Para evitar estos puntos débiles resultan efectivos distintos mecanismos de mediación que se pueden clasificar en formas de legitimidad objetivo-material y formas de legitimidad personal-organizatoria [169].

[166] Al respecto, H. MEYER, en *HStR*, vol. 2, § 37, núms. margs. 1 y ss.

[167] *BVerfGE*, 8, 60 (71 y 72); 93, 37 (66).

[168] *Vid.*, TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (pp. 275 ss.); J. P. SCHNEIDER, en la misma obra, pp. 103 ss. (pp. 106 ss.).

[169] BÖCKENFÖRDE, en *HStR*, vol. 1, § 22, núms. margs. 14 y ss.: JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 265 ss., con múltiples referencias.

a) Legitimidad objetivo-material

83. La legitimidad objetivo-material se consigue mediante la vinculación del Ejecutivo al contenido de las declaraciones de voluntad del Parlamento. Para alcanzar este objetivo se utiliza todo un subsistema de técnicas de dirección tanto preventivas como *a posteriori*, y tanto directas como indirectas, cuyos elementos principales son la Ley, el presupuesto y el control parlamentario.

84. Aun cuando haya perdido importancia frente a la normativa europea de producción gubernamental (*vid.* 2/12), la Ley parlamentaria todavía sigue siendo el método clave en la dirección preventiva del Ejecutivo. Así, la vinculación del Ejecutivo a la Ley es el pilar fundamental no sólo del Derecho administrativo propio del Estado de Derecho, sino también del Derecho administrativo propio del Estado democrático (*vid.* 4/7-32) [170]. La formulación dogmática de esta vinculación, a través de las teorías de la reserva de Ley, de la supremacía de la Ley y de la certeza de la Ley cumple, por tanto, una doble función: debe asegurar la racionalidad propia del Estado de Derecho y la dirección parlamentaria de las decisiones administrativas. No obstante, se pueden apreciar, en este punto, distintos matices: el Estado de Derecho persigue prioritariamente la certidumbre o la previsibilidad de la acción pública; la democracia requiere dejar abierta la posibilidad de un "replanteamiento de la dirección" y exige, por tanto, un grado considerable de flexibilidad. Este punto de vista adquiere una especial significación en ámbitos de regulación que se caracterizan por una gran dosis de inseguridad, como, por ejemplo, se da en algunos sectores debido al avance tecnológico. Una decisión del legislador tendrá esa legitimidad objetiva cuando sea mantenida de forma duradera o estable por el Parlamento y como tal se haga responsable de ella. Si desde el Parlamento se debe decidir sobre la base de datos y pronósticos altamente inseguros, el propio principio de legitimidad objetiva requiere que se atienda a la evolución posterior y, en su caso, se reserven instrumentos especiales que permitan y faciliten al Parlamento una mejora del propio fundamento de la legitimidad [171].

85. La legitimidad objetivo-material se consigue también a través del Derecho presupuestario [172]. El presupuesto habilita al Ejecutivo

[170] En resumen, OSSENBÜHL, en *HStR*, vol. 3, § 62, núms. margs. 32 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 207 ss.

[171] Al respecto, con más referencias, SCHULZE-FIELITZ, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, pp. 139 ss. (pp. 162 ss.); Especialmente en lo que se refiere al control parlamentario de las consecuencias de la técnica: STOLL, en BECKER-SCHWARZE, KOCK, KUPKA y VON SCHWANENFLÜGEL, *Wandel der Handlungsformen*, pp. 143 ss. (pp. 164 y 165).

[172] Sobre este tema la exposición sistemática de HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, en especial, las pp. 259 ss. y 406 ss.

a cumplir las tareas de su responsabilidad pero en el marco de la secuencia temporal prevista por el Parlamento y contiene la «actualización periódica de la doctrina de las funciones públicas en relación con el gasto financiero del Estado» [173]. La nueva doctrina financiera constitucional ha destacado junto a la función habilitadora del presupuesto sus funciones de programación y control político, de política económica, así como de aseguramiento de la libertad y la igualdad, mostrándose en estas funciones el significado que el presupuesto tiene para la problemática de la legitimidad [174]. Este papel del presupuesto y de los principios presupuestarios como importantes métodos de dirección parlamentaria se muestra, sobre todo, en el ámbito de la actividad de fomento, que sólo débilmente se puede dirigir mediante la Ley. Ya hemos insistido en el carácter complementario entre el Derecho material legal y el Derecho presupuestario; la conexión entre ambas técnicas de dirección parlamentaria viene dada por las reglas generales de procedimiento y de ejecución presupuestarios que se contienen en las normas presupuestarias (*vid.* 6/125-127). De esta forma se complementa la influencia del Parlamento para, mediante el bloqueo de créditos y las reservas de desbloqueo *, optimizar la dirección parlamentaria [§ 22 Ley Presupuestaria Federal (BHO)] [175]. El presupuesto, la Ley de presupuestos y la normativa presupuestaria general representan una sutil estructura que debe integrarse en el sistema jurídico-administrativo con mayor intensidad que hasta la fecha (*vid.* 6/94-96) [176]. Esta afirmación, que ya se realizó al hilo del significado prestacional de los derechos fundamentales, se refuerza ahora con consideraciones derivadas de la doctrina de la legitimidad democrática.

86. Finalmente, para la legitimidad objetiva son significativos todos aquellos instrumentos que aseguran la responsabilidad *ex post* ante el Parlamento [177]. En el ámbito gubernamental estos instrumentos son, generalmente, los derechos de control y corrección parlamentarios, mientras que para la Administración infraordenada al Gobierno la responsabilidad se determina a través de los poderes disciplinarios ministeriales [178] y se actualiza a través de la vigilancia par-

[173] KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 3, § 59, núm. marg. 74.

[174] MUSSGNUG, *Haushaltsplan*, pp. 297 ss. y 329 ss.; KISKER, en *HStR*, vol. 4, § 89, núms. margs. 12 y ss.; PUHL, *Budgetflucht und Haushaltsverfassung*, pp. 3 ss.

* *N. del T.*: Las reservas de desbloqueo impuestas en el presupuesto suponen que para que el crédito resulte disponible se requiere el consentimiento de la Cámara baja del Parlamento alemán *(Bundestag)*, según dispone el § 22 Ley Presupuestaria Federal (BHO).

[175] HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, pp. 349 ss.; KISKER, en *HStR*, vol. 4, § 89, núms. margs. 52 y ss.

[176] Sobre el tema, VON MUTIUS, *VVDStRL*, vol. 42, pp. 147 ss.; HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, pp. 406 ss.

[177] Al respecto, LOSCHELDER, en *HStR*, vol. 3, §.68, núms. margs. 3 ss.; una exposición detallada la ofrece EMDE, *Funktionale Selbstverwaltung*, pp. 343 ss.

[178] *Vid.* la exposición sistemática que ofrecen WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht*, III, §§ 161 ss.; KREBS, *Kontrolle*, pp. 120 ss.

lamentaria [179]. Todos los ramos de la Administración deben estar sometidos por lo menos a una vigilancia jurídica, sin que puedan quedar ámbitos exentos de control [180]. Ésta es la clave del actual sometimiento sin límites de la Administración al Derecho y se encuentra, como tal, en el centro del Estado de Derecho y de la democracia. En este contexto, los controles financieros adquieren una especial importancia, por lo que la necesaria integración del Derecho presupuestario en el sistema del Derecho administrativo debe concretarse en un reforzamiento de la integración de los controles financieros en los sistemas de control administrativo (*vid.* 4/82-87).

b) Legitimidad personal-orgánica

87. La legitimidad personal se refiere a la conexión entre la persona que ejerce el poder público atribuido a un órgano y el titular de ese poder público. La opinión mayoritaria sitúa esta conexión principalmente en el acto de investidura, exigiendo una «cadena ininterrumpida de legitimidad» [181]. Ahora bien, la legitimidad subjetiva no se agota sólo en una mera cadena de actos de investidura; también el propio concepto de cargo * resulta muy relevante para el orden democrático establecido por la Constitución [182]. La ordenación del cargo establecida normativamente es un presupuesto de la legitimidad subjetiva o personal impuesto por la Constitución [183]. «Mediante el concepto de "cargo" se organiza el servicio público de forma objetiva, responsable y en interés público. Los deberes éticos y jurídicos impuestos a la persona física que ocupa un cargo sirven para que aquella persona, con independencia de su voluntad subjetiva, defina y realice la voluntad pública objetiva». Este principio no se materializa con su mera afirmación, sino que requiere tomar precauciones para asegurar los condicionantes de la legitimidad subjetiva. En este contexto, juega un importante papel la propia conciencia de quien ejerce un cargo, que se debe ver a sí mismo obligado a un ejercicio de su empleo neutral y distante de los intereses en juego. Desde un punto de vista jurídico son importantes las previsiones sobre abstención y recusación [§ 21 de la Ley Federal

[179] Al respecto, el completo estudio que, desde la perspectiva del Derecho constitucional suizo, ofrece MASTRONARDI, *Demokratische Verwaltungskontrolle*.

[180] Para el control sobre entes dotados de autonomía: *BVerfGE*, 78, 331, (341): «El control sobre los entes locales es el correlato constitucionalmente previsto de su autonomía».

[181] *BVerfGE*, 83, 60 (73): «Una inmediata relación de legitimidad».

* *N. del T.*: El término que emplea el autor es *"Amt"*, con el que se designa la más pequeña de las unidades administrativas, que se refiere al puesto de trabajo de una persona y que determina desde un punto de vista institucional su ámbito de competencias concreto dentro de la organización administrativa.

[182] *Vid.* KRÜGER, *Staatslehre*, pp. 256 ss.; BÖCKENFÖRDE, en *Fs für Eichenberger*, pp. 301 ss. (pp. 320 y 321).

[183] Para lo que sigue: ISENSEE, en *HStR*, vol. 3, § 57, núms. margs. 60 y ss.

de Procedimiento Administrativo (VwVfG)] y los deberes fundamentales de neutralidad política y ausencia de interés personal en el ejercicio de la función [§§ 35 y 36 de la Ley Marco sobre la Función Pública (BRRG)]. Junto a ellos, constituye también un elemento importante para la salvaguarda de la legitimidad personal o subjetiva del funcionario el que su gestión se desarrolle en el marco de una regulación presidida por las notas de profesionalidad y carrera administrativa [184].

2. *El segundo modelo: la legitimidad de la autonomía local* *

88. La Ley Fundamental ha situado en una posición equiparable la legitimación parlamentaria y la que representa la autonomía local. En este caso, sin embargo, la obligación de contar con una legitimidad democrática no se deriva directamente del mismo concepto o esencia de la autonomía local. De lo contrario, el art. 28.II GG, que es el precepto que establece la garantía de la autonomía local, así lo debiera haber expresado; sin embargo, la conexión entre la legitimidad democrática y la Administración local se obtiene mediante la aplicación de las normas previstas en el art. 28.I.2 GG, norma que rige igualmente para los Estados federados como representantes del Estado constitucional. Este tratamiento igualitario de los Estado federados y los entes locales viene justificado por la «uniformidad de la fundamentación democrática de la legitimidad» en la construcción del Estado [185]. La decisión contra la legitimidad corporativa y a favor de una legitimidad democrática que resulta de esta conclusión tiene una buena fundamentación, ya que toma en consideración la especial posición de las corporaciones locales territoriales en el Estado. Los municipios y las comarcas ** son elementos de estructuración peculiares que también caracterizan a una federación estatal. Ambas corporaciones están dotadas, sea por disposición de la Constitución, sea por efecto de la normativa ordinaria, con una competencia general y precisamente esta generalidad de funciones de las corporaciones locales justifica que la base de su legitimidad sea una legitimidad democrática propia. La autonomía local se distingue así de otras formas de autonomía en que se integra en el programa de legitimidad del art. 20 GG a través del art. 28.I.2 de la misma norma fundamental ***.

[184] En concreto, TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (pp. 273 ss.)

* *N. del T.*: El concepto de Autonomía se refiere aquí a aquellos entes territoriales dotados de autonomía administrativa al margen del *Land* o de la Federación.

[185] *Vid. BVerfGE*, 83, 37 (53).

** *N. del T.*: Traducimos el término alemán "*Kreis*" convencionalmente como "comarca". Se trata de una corporación local supramunicial cuyo máximo órgano colegiado (*Kreisrat*) es elegido directamente por los ciudadanos de su territorio; no es, por tanto, una corporación de corporaciones, como nuestras provincias.

*** *N. del T.*: En cuanto dicho artículo de la GG impone la celebración de elecciones en municipios y comarcas.

89. A pesar de esta equiparación, la legitimidad de la Administración local no corresponde al mismo esquema que la legitimidad de la Administración del Estado [186]. En efecto, la legitimidad democrática específica que proviene del concepto de interés público local (art. 28.II GG) se inserta además en la legitimidad democrática general mediante el sometimiento de la Administración local a la Ley parlamentaria. Esta doble legitimidad democrática es característica de la Administración local, la diferencia de la Administración estatal y le asigna una especial apertura frente a nuevas tendencias. Como ejemplo de esta apertura cabe señalar el hecho de que se reconozca en el ámbito local el derecho al sufragio a los nacionales de la Unión Europea (art. 28.I.3 GG).

La Ley y la tutela interadministrativa son los elementos por los que se consigue la equidistancia entre los distintos intereses y la estabilidad en la Administración local, pero en su ámbito dicha Administración debe conseguir también la participación ciudadana a través de otros medios (*vid.* 2/102-106) [187], jugando en este punto un papel esencial la elección de los órganos de representación por los ciudadanos, que se somete a los mismos principios que las elecciones en el Estado federado o en la Federación (art. 28.I.2 GG). Este principio ha sido desarrollado por la legislación sobre régimen municipal que actualmente prescribe la elección directa de los órganos superiores de las entidades locales y reconoce otros institutos de participación directa del pueblo en la Administración local [188]. La misma existencia de decisiones populares, referenda, asambleas de vecinos y foros de información es una manifestación de la conexión entre la legitimidad democrática, la legitimidad autónoma y la participación. En realidad, sólo algunos de estos institutos vienen justificados por el estatus del ciudadano como integrante del concepto democrático de pueblo, mientras que otros derivan del concepto de vecino y con ello, principalmente, del componente corporativo-participatorio que caracteriza la autonomía [189]. Esta forma de legitimidad propia de las Administraciones locales fundamenta también un estilo de administrar particular de estas entidades y distinto del de la Administración estatal, por ello las nuevas formas de comunicación con los ciudadanos y de organización de la dirección política pueden y deben ser ensayadas en este ámbito. De esta forma, es plausible que el "Nuevo Modelo de Dirección" * se haya aplicado primero en la Administración local (*vid.* 1/41-42) [190].

[186] En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN, *DVBl*, 1996, pp. 533 ss. (pp. 534 ss.)

[187] En *BVerfGE*, 79, 127 (148) se hace referencia, en este contexto, a la "autonomía".

[188] Al respecto, VON ARNIM, *DÖV*, 1990, pp. 85 ss.; KNEMEYER, *Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik*; ERBGUTH, *DÖV*, 1995, pp. 793 ss.; para los límites de esta evolución, HENNEKE, *ZG*, 1996, pp. 1 ss.

[189] Sobre este segundo componente del concepto de legitimidad: *BVerfGE*, 83, 37 (55).

* *N. del T.*: Sobre el "Nuevo Modelo de Dirección" debe consultarse el Capítulo primero, núms. margs. 41 y ss.

[190] HILL, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 65 ss.

II. Formas de legitimidad autónoma

90. La misma especialidad de la estructura legitimadora en la Administración local justifica que la Ley Fundamental no haya optado por ninguno de los esquemas de legitimidad doctrinales [191]. En consecuencia, se plantea la cuestión de si la Constitución reconoce, junto a la legitimidad basada en el pueblo, otras formas de legitimidad en las que la conexión con el pueblo se plantea en un sentido menos diáfano o incluso parten de otro sujeto de legitimidad, siempre que sigan la idea fundamental de la democracia consistente en asegurar la autodeterminación mediante la participación de forma organizada en el poder estatal. Así, hay determinados ámbitos en los que el poder público y el interés social pueden estar entrecruzados institucionalmente de tal manera que la garantía de la legitimidad democrática y la cualidad democrática de la decisión (determinada por su distanciamiento de los intereses particulares) no pueden, por sí solas, cubrir las necesidades de decisión colectiva. Por ello, entre la igualdad democrática, como base del interés general, y la personalidad como valor del Estado material de Derecho, como fundamento del interés particular, hay formas intermedias que se basan en una legitimidad autónoma obtenida a través de un círculo determinado de personas interesadas, de miembros. Dicha legitimidad autónoma no se orienta, como la legitimidad democrática, a la conexión con un sujeto legitimante, sino a alcanzar la representación de intereses especiales, justificada por la función social de dichos intereses, y con el objeto de garantizar su autonomía. De hecho, los antecedentes de la idea de libertad de participación democrática tienen un componente corporativo-participativo y dependen con mayor intensidad de una implicación concreta del sujeto que la que caracteriza a la legitimidad democrática en el sentido del art. 20.II GG. Así, la autonomía y la democracia tienen en la Ley Fundamental una misma raíz ideal, pero no son equiparables en su formulación dogmática, por lo que el elemento corporativo-participativo conduce a una forma de legitimidad autónoma distinta de la legitimidad en el sentido del art. 20.II GG.

91. En su sentido actual la legitimidad autónoma se produce principalmente en la "autonomía funcional" que está representada fundamentalmente por las Universidades, las cámaras y las cajas de previsión social [192]. Estos entes también se encuentran, en cuanto agentes administrativos, vinculados a la legitimidad democrática a través del art. 20.II GG, legitimidad de la que participan, ante todo, mediante su sometimiento a la Ley y que se concreta con su sujeción al control estatal, pero junto a esta legitimidad las corporaciones con autonomía encuentran también una segunda fuente de legitimidad determinada por su componente corporativo-participativo. El sujeto de la legitimidad no es aquí el pueblo, sino una comunidad de interesados que se determina por unas características dadas. A diferencia del caso de las corporaciones locales, no existe aquí una doble fuente de legitimidad, sino que se ha construido un doble sistema integral que se refiere a dos sujetos de legitimidad distintos. Lo que en el caso de la Administración local se entreveía, pero quedaba enervado por la aplicación del art. 28.I.2 GG, que implica una legitimidad democrática, se realiza en la autonomía funcional: una ampliación de las formas de legitimidad constitucionalmente admitidas más allá del ámbito del art. 20.II GG.

92. No obstante, no resulta sencillo incorporar la legitimidad autónoma en un sistema de poder público, como el establecido en la Ley Fundamental, que está ordenado al logro del bien común [193]. Dado que en el Estado democrático no se permite a la ligera que el defensor de un interés especial perjudique el interés general, se requiere una justificación especial y tomar medidas de seguridad cuando las decisiones legitimadas de forma autónoma se hacen valer jurídicamente como decisiones administrativas. En este sentido, se dan diferencias entre dos tipos de autonomía funcionales: aquellas que están relacionadas con la garantía de un derecho fundamental y aquellas que tienen un perfil más bien institucional. Entre las primeras se sitúa la autonomía universitaria, que es una manifestación de la garantía de la libertad en el caso de un derecho fundamental sensible (el consagrado en el art. 5.III GG) * que en sus aspectos esenciales sólo puede disfrutarse en el seno de instituciones que el Estado pone a disposición del ciudadano [194]. En estos casos, junto a la vinculación de la autonomía relacionada con la garantía de un derecho fundamental a las directrices estatales, en especial a las Leyes y a la normativa presupuestaria como manifestaciones de la legitimidad democrática,

---

(pp. 74 ss.); también las contribuciones en Reichard y Wollmann, *Kommunalverwaltung im Modernisierungsschub*.

[191] En el mismo sentido, Emde, *Funktionale Selbstverwaltung*, pp. 363 ss.; Trute, *Forschung*, pp. 211 ss.; Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, pp. 361 ss.; más fuertemente distanciado del modelo de Administración ministerial: Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 305 ss., insistiendo también en que el modelo de la Administración ministerial no está configurado constitucionalmente como el modelo de organización exclusivo (p. 329).

[192] Para la exposición de la autonomía funcional puede consultarse Hendler, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, pp. 208 ss.; Dreier, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 231 ss.; Kluth, *Funktionale Selbsverwaltung*, especialmente, pp. 30 ss.

[193] Un tratamiento detallado ya en Brohm, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, pp. 243 ss.; Emde, *Funktionelle Selbstverwaltung*, en especial, pp. 302 ss.; Trute, en Schmidt-Assmann y Hoffmann-Riem, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (pp. 278 ss.); una exposición más reciente del estado de la cuestión en Kluth, *Funktionele Selbstverwaltung*, pp. 342 ss.

* *N. del T.*: El art. 5.III GG consagra las libertades de enseñanza, investigación y creación científica.

[194] Dreier, *Hieraschische Verwaltung*, pp. 236 ss.; también Oppermann, en *HStR*, vol. 6, § 145, núm. marg. 54.

se sitúa una legitimidad autónoma [195], en la que el alcance y la intensidad de la participación de los distintos grupos sólo pueden ser determinados por la estructura del derecho individual afectado. Así, el principio de organización preciso aquí, desde un punto de vista constitucional, no es la igualdad democrática representada por las posibilidades de participación, sino la existencia de un ámbito propio de libertad característica de los derechos fundamentales [196].

93. Otras formas de autonomía funcional representan, antes que un interés individual, un interés institucional más amplio [197]. La amplitud de dicho interés determina, en ocasiones, dificultades a la hora de fijar la frontera con el interés público representado por el Estado. Así, mientras que en la autonomía *económica* de las cámaras profesionales todavía puede identificarse un interés sustancial y propio [198], en la autonomía social (Cajas de previsión) se aprecia, en el fondo, el carácter de una Administración estatal mediata o desconcentrada [199]. En el modelo de un sistema de legitimidad doble, al que hacíamos referencia arriba, esto lleva a una traslación de la legitimidad autónoma a la democrática. Así, cuanto más difuso sea el interés institucional propio de los miembros de la corporación, más defendible será que la legitimidad democrática reconquiste aquellos ámbitos, que en los casos de autonomía justificada por su relación con los derechos fundamentales pueden permanecer cedidos a la legitimidad autónoma. Para alcanzar este fin de reconquista se dispone, sobre todo, de los instrumentos de la dirección mediante la Ley y el control ministerial; sin embargo, una organización interna que permite la participación de los miembros, no puede venir a sustituir la obligada legitimidad democrática del art. 20.II GG, ya que dicha organización permanece en el marco de relaciones de una reducida asociación de interesados [200].

III. La eficacia del principio de legitimidad

94. Todas las formas de legitimidad, en cuanto justifican internamente el poder público, tratan, en último término, de asegurar que el sistema público de decisión y actuación resulte, *de facto,* eficaz para el logro del bien común. Esta meta no se puede alcanzar sólo con una mera concatenación de imputaciones ordenada de forma jerárquica, siendo las formas de manifestación de este principio de efec-

[195] Al respecto, TRUTE, *Forschung*, pp. 381 ss.
[196] *Vid. BVerfGE,* 39, 247 (388); 66, 270 (291); SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Thieme,* pp. 697 ss.
[197] *Vid.*, DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 235 y 236.
[198] En este sentido, claramente, TETTINGER, *Kammerrecht*, pp. 235 y 236.
[199] *Vid.* la exposición de HENDLER, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, pp. 218 ss.; EMDE, *Funktionale Selbstverwaltung*, pp. 89 ss. y 142 ss.; DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 235 ss.
[200] En contra, EMDE, *Funktionale Selbstverwaltung*, pp. 382 ss.

tividad de la legitimidad: la legitimidad institucional y funcional (*vid.* 2/95-97) y el nivel de legitimidad que se pueda alcanzar (*vid.* 2/98-99). Las nuevas formas de cooperación entre el Estado y la sociedad pueden, por otra parte, traer consigo una extensión de la necesidad de legitimidad, propia, en principio, del Estado, a esos sectores. Las tres figuras jurídicas a las que acabamos de hacer referencia son conceptos que han servido para incorporar a la teoría jurídica de la legitimidad experiencias, relaciones típicas de organización y conocimientos científicos sobre la organización propios de otras disciplinas (*vid.* 5/13-14, 23) [201].

1. *La legitimidad institucional y funcional*

95. Desde un punto de vista institucional, el Ejecutivo está legitimado en la medida en que la Constitución determina su posición y su función como un órgano especial dentro de la división de poderes (*vid.* 4/37) [202]. La legitimidad institucional así descrita tiene poco que ver con las concretas fórmulas de imputación que se estructuran en los conceptos de legitimación personal y de legitimación objetiva. En todo caso, mediante la legitimidad institucional y funcional no se añade una tercera forma de legitimidad paralela a esas dos en el sentido de una concatenación de imputaciones [203]. Esta forma de legitimidad pone el acento más bien en los modos de funcionamiento específicos de la Administración, por lo que para referirse correctamente a la misma debe emplearse el doble concepto de legitimidad institucional y funcional.

96. Como elementos específicos del funcionamiento de la Administración en cuanto institución autónoma reconocida constitucionalmente se pueden señalar la necesidad de atender a las tareas administrativas que van surgiendo, la amplitud de los instrumentos de actuación y una marcada diferenciación en los órganos especializados que la componen. El Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) señala expresando este postulado que [204]: «El Ejecutivo está dotado de formas de actuación jurídica que, a la hora de realizar los principios de mejor protección frente a los peligros y prevención de riesgos, resultan mucho más eficaces que las del Legislativo y que las que tienen los propios Tribunales de lo Contencioso-administrativo». La existencia de la legitimidad funcional deja claro que la legitimidad se basa en la Ley Fun-

[201] En tal sentido, TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (272).
[202] Al respecto, *BVerfGE,* 49, 89 (125); en el mismo sentido, 68, 1 (88); un resumen en *BVerfGE,* 83, 60 (72).
[203] Crítico con la posibilidad de esa tercera forma, JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 276 ss.
[204] *Vid. BVerwGE,* 72, 300 (317).

damental en dos principios: en la conexión con la voluntad popular y en la capacidad del sujeto sobre el que recae una función para contribuir al bien común con sus propios instrumentos de actuación, procedimientos y formas de organización.

97. La noción de legitimidad perdería uno de sus dos elementos si sólo pensásemos en una estructura de *adopción* de decisiones puramente jerarquizada, ya que el gobierno y los controles presuponen la existencia de información y las corrientes de información no sólo circulan de arriba a abajo, sino también en dirección contraria; además dichas corrientes trascienden las relaciones verticales que caracterizan la construcción estatal plasmándose en un intercambio de información entre el Estado y la sociedad (*vid.* 1/48-49). Por ello, los principios de la legitimidad no excluyen una estructura especializada y plural de la Administración, sino que ésta se incluye dentro del concepto de legitimidad institucional (*vid.* 5/32-57). De hecho, el Derecho de la organización administrativa y el Derecho procedimental contienen elementos legitimadores, lo que resulta fácilmente comprensible en lo que respecta a los conceptos de autoridad y de oficio, así como en el que ha sido tradicionalmente el concepto central del Derecho de la organización administrativa, el concepto de órgano, ya que todos estos conceptos funcionan como puntos de apoyo para la dirección y conexión centralizada desde el Parlamento. También son importantes para la legitimidad institucional las unidades administrativas independientes, ya que previsiblemente traen consigo una mejor depuración de los intereses.

2. *El nivel de legitimidad*

98. Las formas de legitimidad objetivo-material y personal-organizatoria que se han expuesto más arriba destacan la relación de imputación entre el sujeto legitimante y la actividad necesitada de legitimidad. Estos dos tipos de legitimidad se complementan uno al otro y deben ser, por tanto, situados al mismo nivel aunque no son completamente intercambiables. «Desde un punto de vista constitucional lo decisivo no es la forma de la legitimidad democrática, sino su efectividad, lo relevante es alcanzar un determinado nivel de legitimidad. Este nivel puede manifestarse de distintas formas en cada expresión del poder público en general y en particular en el Poder Ejecutivo. En el ámbito del Ejecutivo hay que considerar la división de funciones entre el gobierno, que es competente para fijar la orientación política y responde ante el Parlamento y la Administración encargada de la ejecución de la Ley» [205].

[205] *BVerwGE*, 83, 60 (70); 93, 37 (67).

99. El principio así reseñado, que rige la legitimidad democrática, es también válido para la legitimidad autónoma y para el juego conjunto de los distintos tipos de legitimidad [206]. Desde una perspectiva global, el concepto de legitimidad no se somete a reglas fijas, sino que trabaja también —como, por ejemplo, demuestra lo relativo a los Bancos Centrales (art. 107 TCE y art. 88 GG)— con excepciones buscadas (*vid.* 5/37). Pero en lo que respecta a la legitimidad del poder público, los principios elementales de la relación de imputación entre los actos necesitados de legitimidad y los órganos elegidos no permiten alteraciones que excluyan su eficacia y que no puedan reconducirse al propio pueblo como sujeto legitimante. Al mismo tiempo, no puede excluirse la participación de terceros en ámbitos administrativos muy concretos (*vid.* 2/110-112). A estos efectos, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha desarrollado, en el ámbito del derecho de participación del personal, un modelo en tres niveles en el que se decide según la intensidad con la que se afecta a las funciones públicas [207]. Allí donde estas funciones estén afectadas de forma inapreciable el principio democrático admite una mayor participación de los interesados, mientras que cuando se da una *influencia sustancial* en dichas funciones la decisión de las instancias legitimadas democráticamente no puede estar sometida a «ningún límite sustancial». Donde la organización estatal se abre con mayor intensidad a la sociedad se dan más posibilidades de participación, pero se debe evitar que esas posibilidades, por ejemplo, por su carácter garantizador del consenso, se identifiquen al mismo tiempo como formas de legitimidad, ya que, de otro modo, se perdería el carácter normativo del concepto de legitimidad que consiste, también, en un freno a influencias especiales. A la hora de organizar dichas influencias, la Ley parlamentaria cumple un importante papel, porque no sólo es el medio para la legitimidad objetivo-material, sino que puede crear cauces para adoptar decisiones que estarían, a su vez, legitimadas (*vid.* 5/26-31).

3. *La legitimidad estatal en los ámbitos intermedios entre la sociedad y el propio Estado*

100. Las exigencias de legitimidad que hemos expuesto hasta ahora se referían al ejercicio del poder estatal, ya que también la legitimidad autónoma se refiere a organizaciones que están constituidas por el Derecho público y que ejercen potestades administrativas, pero el ámbito de la cooperación entre el Estado y la sociedad se extiende

[206] TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (pp. 284 ss.).

[207] *Vid. BVerfGE*, 93, 37 (70 ss.); al respecto se muestran parcialmente críticos, BATTIS y KERSTEN, *DÖV*, 1996, pp. 584 (586 y 587).

más allá, incluyendo manifestaciones que no están, ya no están o aún no están constituidas en forma jurídico-pública [208]. Desde un punto de vista *teórico* podrían separarse en tales supuestos los ámbitos de decisión de las instancias públicas y de las privadas y someter a cada uno a sus propias exigencias de racionalidad. Desde el punto de vista de este modelo de separación se podría decir que el componente de decisión estatal caería bajo el mandato de legitimidad del art. 20 GG, mientras que el componente privado, como manifestación de la autodeterminación social no estaría sometido a las exigencias jurídico-públicas pensadas para quien ejerce funciones públicas.

101. Si se profundiza en el asunto se descubre, sin embargo, que existen procesos de cooperación con un grado tal de interdependencia entre la participación pública y la privada que no resulta realista la aplicación del modelo de separación expuesto [209]. Como manifestaciones de este ámbito intermedio se pueden citar el entrecruzamiento entre la formulación privada de una norma y su recepción pública, que se da, por ejemplo, en el Derecho de la seguridad técnica [210], o los encuentros entre la intelectualidad y el Estado, que se plasman en la Asociación Alemana para la Investigación *(Deutsche Forschungsgemeinschaft)* o la Sociedad Max-Planck *; también el ámbito de los servicios sociales que se determina por el principio de subsidiariedad se debe incluir entre estos supuestos. Si se quiere alcanzar aquí el objetivo del mandato de legitimidad, consistente principalmente en alcanzar decisiones conformes con el bien común y adecuadas a los intereses en juego, sólo en lo que respecta a la contribución pública en la cooperación, ello supondría admitir que se ha prejuzgado una parte de la decisión al margen del Derecho administrativo. Esto no significa, por otra parte, que deba extenderse sin más el mandato de legitimidad derivado del art. 20.II GG a ámbitos de la actividad privada, según lo significativos que resulten en este contexto. Sin embargo, cabe partir de una extensión de la necesidad de legitimidad propia del Estado a este ámbito, que, sobre todo, autorizaría al legislador a asegurarse de que en los citados supuestos se tienen en cuenta los distintos intereses implicados y se les da audiencia (*vid.* 5/56-57; 6/30). También la eficacia jurídica de los derechos fundamentales impone que se creen garantías a la hora de ponderar intereses en el ámbito privado y se establezca una representación de intereses equilibrada. «La idea de

[208] Para las distintas formas incluidas como "organizaciones de cooperación" en este ámbito, puede consultarse la completa exposición de BROHM, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, pp. 119 ss.; SCHMIDT-PREUSS, *VVDStRL*, vol. 56, pp. 160 ss.

[209] Al respecto, TRUTE, *DVBl*, 1996, pp. 950 ss.

[210] Sobre el tema, ya *BVerfGE*, 64, 208 (214 y 215), refiriéndose a una doble legitimidad "estatal-democrática" y "corporativa"; una exposición completa en LAMB, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, pp. 71 ss.

* *N. del T.*: Se trata de organismos cuya función es el fomento de la investigación y que entran a realizar valoraciones técnicas de la misma.

que el Estado tiene la responsabilidad de legitimar tiene como finalidad que mediante intervenciones previas o posteriores que legitimen una acción se ajuste el estatus de los actores privados a su función y se les impongan determinadas vinculaciones para compensar la falta de un control del contenido de la decisión por parte del Estado» [211].

B. OTROS FACTORES QUE DETERMINAN AL DERECHO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO

102. El significado jurídico-administrativo de la opción constitucional por la democracia no se agota en la garantía de la legitimidad democrática y en la organización de la legitimidad autónoma, sino que se extiende más allá, influyendo en la dirección y organización de la Administración y en el estilo de administrar [212]. Si se parte de que la actividad administrativa tiene otros criterios para enjuiciar su corrección más allá de la legalidad, entonces gana significado el concepto de consenso. Otro tema propio del Derecho administrativo democrático es el de la participación. Finalmente, debe reflexionarse sobre si los conceptos, subordinados al de democracia, de lo público y el público pueden contemplarse como factores que determinan el Derecho administrativo democrático.

Todos estos conceptos se superponen parcialmente y en ocasiones se confunden con principios legitimantes; sin embargo, desde un punto de vista constitucional pertenecen más bien al ámbito ideal del principio democrático, pero también al del Estado de Derecho. En algún sentido, se pueden contar también entre los presupuestos necesarios de la Democracia [213]. En todo caso a la hora de plantearse su transposición en postulados jurídico-administrativos concretos se debe actuar con prudencia, pero, dejando a un lado estas dificultades, se esboza para estas formas un considerable potencial de desarrollo a la hora de modular instrumentos y procedimientos que reaccionen ante el fenómeno de la aparición del Estado cooperativo (*vid.* 1/43-45) y de la integración administrativa europea (*vid.* 7/43-45) [214]. Desde el momento en el que en la sistemática jurídico-administrativa se quiere hacer valer un concepto normativo de legitimidad se debe complementar el principio jerárquico que surge de tal modelo con otras formas políticas no jerárquicas [215].

[211] TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 249 ss. (p. 290).

[212] En el mismo sentido, ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 5, núms. margs. 32 y ss.; también HILL, *DVBl*, 1993, pp. 973 ss. (977); con reservas, FABER, *Verwaltungsrecht*, § 12 I.

[213] En general, sobre los presupuestos de la democracia, BÖCKENFÖRDE, en *HStR*, vol. I, § 22, núms. margs. 58 y ss.

[214] Sobre la política de la integración BLANKE y KUSCHNICK, *DÖV*, 1997, pp. 45 ss.

[215] *Vid.* RITTER; en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 69 ss. (103 y 104); en el mismo sentido y en el contexto de la investigación científica de la política: SCHARPF, *PVS*, 1991, pp. 621 ss. (627 ss.). También CRAIG, *Public Law and Democracy*.

I. Consenso

103. Con el término consenso * queremos referirnos a la disponibilidad para aceptar decisiones. El consenso comprende, en tal sentido, el abanico de valoraciones de las decisiones administrativas que va desde la consideración de una decisión como correcta hasta su valoración como digna de reconocimiento [216]. Con frecuencia, se utilizan los términos consenso y legitimidad como sinónimos, sin embargo, desde la perspectiva del concepto de legitimidad que hemos desarrollado arriba, hay una clara diferenciación: el consenso no es un concepto dogmático de la teoría de la legitimidad. Este concepto y su función tienen que ver con el hecho de hacer comprensibles las situaciones y apreciables las valoraciones, o sea, de lo que la teoría sociológica califica como «evidencia social» o «plausibilidad cotidiana» [217].

104. En la sistemática jurídico-administrativa la idea de consenso adquiere significación en la sistematización del desarrollo del procedimiento [218], abriendo la posibilidad de determinar qué debilidades del procedimiento llevan a una deficiencia en el consenso que puede estar motivada por la opacidad de la estructura de la decisión y de sus presupuestos normativos, pero también por la previsible o real falta de neutralidad administrativa o por un disenso en los valores que la fundamentan. Por otra parte, el concepto de consenso sobre los riesgos se erige en una meta fundamental para la administración de dichos riesgos [219]. En cuanto a los medios para mejorar el consenso debe señalarse que son muy distintos entre sí, a menudo basta con una mejor política de información y de disposición al diálogo por parte de la Administración; si el disenso proviene de que se cuestiona la neutralidad de la Administración por su especial conexión con el objeto del proceso se podría acudir a una fórmula de actuación distinta **. En todo caso, la separación entre quien impulsa el proyecto y el órgano autorizante parece una exigencia evidente [220]. También se pueden acercar más los procedimientos al esquema de los procesos judiciales introduciendo la posibilidad de dictámenes paralelos [221]. Cuando los problemas de consenso alcanzan una especial virulencia se puede acudir a mediadores externos a la propia Administración; dichos mediadores no pueden excusar a la Administración de su obligación de adoptar las decisiones requeridas por la Ley, pero pueden organizar los intereses en conflicto de tal modo que a pesar de las divergencias en los puntos de partida se puedan buscar los aspectos de consenso y aspirar a un equilibrio entre las partes (*vid.* 6/73).

105. Más difícil de determinar es el papel del consenso en el resultado del proceso. En tal sentido, resulta plausible asignar un valor positivo al consenso que se alcanza respecto a una determinada decisión administrativa, ya que el consenso es un elemento de la corrección de dichas decisiones, corrección que va más allá de su mera legalidad (*vid.* 4/89) [222]. Esto nos autoriza a plantearnos la pregunta sobre el rango entre estas dos formas de valorar la corrección en los casos en los que sus exigencias, lejos de converger, discurren por caminos diversos. En este punto, no se plantean problemas en los casos de clara colisión, porque en ellos se aplica el principio de prioridad del criterio jurídico, lo que significa que la falta de consenso no implica la enervación de la vinculatoriedad jurídica de la decisión legalmente adoptada, como tampoco la existencia de consenso libra de la reacción del Derecho frente a la decisión antijurídica. El peso del consenso se muestra, más bien, en las relaciones caracterizadas por la discrecionalidad y la necesidad de ponderar intereses. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha reconocido la significación del consenso, por ejemplo, en el ámbito de las decisiones sobre alteración del territorio de las entidades locales [223]. El Tribunal comienza distinguiendo la falta de consenso del mero «rechazo como expresión del descontento»; se puede hablar de déficit de consenso cuando éste se puede justificar con razones plausibles, sin que se pueda contar con su enervación en un período de tiempo razonable. Un déficit de consenso de esta naturaleza puede ser una razón habilitadora para, por ejemplo, justificar otra nueva reforma territorial. El consenso no constituye aquí un argumento jurídico autónomo, pero puede convertirse en uno de los factores a tener en cuenta a la hora de aplicar las normas que incluyen cláusulas genéricas de atención al interés general y de forma mediata constituirse en un factor de legitimidad jurídica. Sin que resulte impensable, por otra parte, que el control judicial de las resoluciones administrativas tenga distinta intensidad según que la Administración haya encontrado consenso o no con respecto a dichas resoluciones.

---

* *N. del T.*: El término empleado por el autor es "*Akzeptanz*".

216 WÜRTENBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, p. 61.

217 WÜRTENBERGER, *NJW*, 1991, p. 257 (260).

218 Sobre este tema en profundidad, WÜRTENBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 98 ss.

219 Al respecto, SCHERZBERG, *VerwArch* 1993, pp. 484 ss. (pp. 503 y 504).

** *N. del T.*: La expresión literal del autor sería desacoplamiento o desconexión; en este contexto se refiere a la posibilidad de cambiar de fórmula de actuación mediante, por ejemplo, la intervención de mediadores.

220 *Vid.* STEINBERG, *Fachplanung*, § 3, núm. marg. 8, con una crítica plausible a la sentencia del BVerwG contenida en *DVBl*, 1987, pp. 1267 ss.

221 *Vid.* WÜRTENBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 120 ss.

222 Sobre este tema, HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, pp. 133 ss. (pp. 133 ss.); el mismo autor insiste en esta idea en *DVBl*, pp. 1381 ss. (p. 1382); también WÜRTENBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 61 y 62.

223 *Vid. BVerfGE*, 86, 90 (111).

II. Participación

106. La participación supone que los que se encuentran afectados de una forma específica por una determinada decisión han tomado parte en el proceso que condujo a la misma [224]. Como ya hemos analizado arriba (*vid.* 2/81) las comunidades de interesados no son equiparables al "pueblo" en el sentido del art. 20.II GG y, por tanto, no pueden aportar la legitimidad exigida por esa disposición. En consecuencia, las formas de participación no pueden alegarse como manifestaciones de una "mejor" comprensión de la democracia frente a las formas de la legitimidad administrativa. Sin embargo, de la concepción del Derecho administrativo que surge de los aspectos ideales de la democracia y del Estado de Derecho se derivan ciertos impulsos al desarrollo de la participación. En este sentido, han de considerarse dos grandes ámbitos del debate sobre la participación: de una parte, la participación de los ciudadanos, y de los grupos en los que éstos se organizan, en algunos procedimientos administrativos, usual en el ámbito del Derecho ambiental y en la planificación [225], y que se considera un principio jurídico común en los países de la Unión Europea [226]. De otra parte, se pueden señalar numerosas formas de cooperación entre el Estado y la Economía que han cristalizado en organizaciones que sirven de ejemplo para una idea de participación avanzada. El espectro de formas de participación reconocido por la Ley va desde la clásica participación individual, enraizada en el Estado de Derecho, pasando por la participación colectiva por grupos, asociaciones o representantes hasta llegar a la participación abierta al público [227]. El Derecho comunitario exhorta a los Estados miembros a desarrollar estas formas de participación y complementarlas mediante posibilidades de participación transfronteriza. Aquí se perfila una línea de relación entre los postulados de la participación democrática y los impulsos de desarrollo que implica el Estado de Derecho, analizados arriba, y orientados a la construcción de una estructura "intermedia" que pondere los intereses y trascienda las posiciones jurídicas puramente individuales [228].

---

[224] Tras un tratamiento muy amplio de este tema en la doctrina de los años setenta (*vid.* Schmitt Glaeser, *VVDStRL*, vol. 31, pp. 179 ss.) la bibliografía jurídica ha enmudecido sobre este punto; algunas cuestiones importantes al respecto son, sin embargo, tratadas al hablar de la "legitimidad" o del "Estado cooperativo". En la sociología el concepto es indiscutiblemente importante; véanse las referencias que cita Bora en Van den Daele y Neidhardt, *Kommunikation und Entscheidung*, pp. 371 ss. (pp. 403 ss.).

[225] Sobre el tema la completa exposición de Battis, *Partizipation im Städtebaurecht*.

[226] Al respecto, Schmidt-Eichstaedt, *DÖV*, 1995, pp. 959 ss. (973).

[227] *Vid.* Schmitt Glaeser, en Lerche, Schmitt Glaeser y Schmidt-Assmann, *Verfahren*, pp. 35 ss. (pp. 45 ss.)

[228] Para una exposición detallada desde un punto de vista sociológico, Bora, en Van der Daele y Neidhardt, *Kommunikation und Entscheidung*, pp. 371 ss.

1. *Tipos de implicación de los interesados*

107. De cara al estudio de las posibilidades de la participación deben analizarse las distintas formas en las que la actividad administrativa afecta al ciudadano [229]. De un lado, está la situación de quien ha sido afectado en sus derechos, siendo éste un ámbito en el que el concepto de participación adquiere mayor densidad y cercanía al derecho fundamental a la audiencia, pero la precisión dogmática requiere una exposición exacta sobre la existencia e intensidad de las posibles posiciones jurídicas y sobre los efectos de las distintas decisiones administrativas.

108. En este sentido, otras normas sobre participación se refieren a la implicación de intereses, ampliando, así, el círculo de forma considerable e indeterminada, ya que junto a los afectados en sus derechos se sitúan aquí los que lo están en sus intereses legítimos protegidos jurídicamente, pero también aquellos que lo están en intereses que no son especialmente relevantes para el Ordenamiento. Esta ampliación del campo de los intereses hace también más variadas las formas en las que se afectan los mismos. Junto a la intervención directa se plantean las formas menos intensas del perjuicio y la mera afectación de los intereses. Este esquema se refleja en la participación planteando la necesidad de que participen no sólo individuos, sino también asociaciones y grupos que defienden intereses colectivos o tienen un interés corporativo en la defensa de los intereses de sus miembros (*vid.* 3/13). Dado que el Derecho administrativo alemán se ha orientado tradicionalmente al establecimiento de relaciones jurídicas concretas y en ámbitos territoriales reducidos, la experiencia en el análisis de este tipo de redes de intereses se ha dado sobre todo respecto a decisiones sobre ordenación del territorio, como licencias urbanísticas y autorizaciones de establecimientos industriales, pudiéndose añadir los intereses ambientales en cuanto guardan relación con el territorio. Por contra, el análisis jurídico y desde el punto de vista de la ciencia de la Administración de los intereses de naturaleza económica, financiera o sociopolítica y la consideración de las interdependencias entre los mismos se encuentra todavía en sus inicios. Ello dificulta el desarrollo de modelos equilibrados que tengan en cuenta la amplitud del concepto de interés que maneja el Derecho comunitario y el gran significado de las decisiones que se adoptan en el seno de la Administración económica (en el control de fusiones, en materia de subvenciones o de concesiones) (*vid.* 3/5-6).

109. Finalmente, se puede hablar de la repercusión de la actividad administrativa en el público, aunque la diferenciación entre el público

---

[229] *Vid.* Hill, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 267 ss.

en general y los grupos a los que acabamos de hacer referencia resulta resbaladiza, ya que el público no puede definirse de forma abstracta sino en relación a un determinado interés en la actividad de la Administración. Por ejemplo, el público afectado por los planes urbanísticos en el sentido del § 3 del Código Urbanístico (BauGB) *. Siendo aquí también dominante hasta ahora en la práctica administrativa el criterio territorial. En resumen, el concepto de interesados no se refiere a una realidad unitaria, sino más bien a una multitud de factores que son en sí mismos heterogéneos y que dificultan la conexión de este concepto con unas consecuencias jurídicas concretas (*vid.* 2/116).

2. *La participación como contribución del ciudadano en la configuración de la sociedad*

110. La información, la audiencia y los esfuerzos por alcanzar acuerdos son formas de actuar razonables desde una perspectiva político-administrativa que, a menudo, le han sido impuestas al Ejecutivo por la ley. De hecho, nadie discute que la participación de los interesados a través de estos instrumentos supone un estilo de administrar abierto, transparente y conforme así con el Estado de Derecho y la democracia. El diálogo con el ciudadano se corresponde además, como el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ya señaló en el año 1977, con el entendimiento constitucional de la posición del ciudadano en el Estado [230]. La comunicación a la que nos estamos refiriendo no se agota en la posibilidad de expresar el propio punto de vista en un determinado momento del procedimiento de decisión que se tramita bajo la dirección de la Administración. La insuficiencia de esta concepción estrecha de la participación se demuestra en los procedimientos administrativos complejos porque en ellos no se trata de defender posiciones jurídicas fijas y, como tal, aislables, sino de aclarar estructuras abiertas de intereses [231].

111. En el ámbito del Derecho administrativo general se trata, según esta idea, de analizar y recopilar de forma sistemática la multitud de preceptos legales sobre participación, para determinar hasta dónde pueden desarrollarse nuevas formas de procedimientos administrativos en los que se compongan de forma adecuada los intereses en juego. La doctrina científica se concentra en este punto en el estudio de la validez de la colaboración de los interesados en el procedimiento y distingue entre la simple colaboración, que se estima inobjetable jurídicamente, y la codecisión que se considera, mayo-

* *N. del T.*: El § 3 del Código Urbanístico (BauGB) regula el trámite de información pública en la elaboración del planeamiento urbanístico.

[230] *Vid. BVerfGE,* 45, 297 (335).

[231] En resumen, GERHARDT y JACOB, *DÖV*, 1986, pp. 258 ss.

ritariamente, principio como antijurídica. Sin embargo, con esta concepción dualista no se satisface completamente la necesidad de sentar principios para regular la participación. La distinción entre mera cooperación y codecisión parte de que los grados de intensidad de la influencia en las decisiones administrativas son claramente determinables, cuando en la realidad existen multitud de situaciones intermedias que deben ser aprehendidas jurídicamente. En tal sentido, no cabe aislar estrictamente una fase de "diálogo", ya que, como correctamente ha destacado Walter SCHMITT GLAESER, la participación tiene una «influencia configuradora» sobre el procedimiento de decisión y, por tanto, sobre la decisión misma [232]. Esta idea de contribución a la configuración de la decisión considera mejor las posibilidades de influencia de terceros en aquellos supuestos en los que se trata de concretar, reduciendo la discrecionalidad, los supuestos de hecho previstos en las leyes, como, por ejemplo, en la definición de la política del planeamiento o de los servicios sociales. Esta participación configuradora puede mejorar la legitimidad objetiva-material democrática, ya que contribuye a completar las decisiones que el Parlamento había dejado abiertas. Por otra parte, este tipo de participación puede convertirse en un elemento de legitimidad institucional (*vid.* 2/95-97), lo que se aprecia en la participación de representantes de ciertos intereses afectados en comisiones y consejos. Pudiendo pensarse en una evolución hacia una organización cooperativa respaldada por la legitimidad autónoma de determinados ámbitos de funciones [233]. Sin embargo, la necesidad de que el Estado asegure la legitimidad, que está generalmente garantizada por la ley, debe llevar a que se evite que los procedimientos correspondientes caigan bajo la presión unilateral de los intereses particulares.

112. El Derecho comunitario desarrolla mucho más estas consideraciones: los interesados, los afectados y los terceros, las asociaciones, las corporaciones y el público en general tienen en el Derecho administrativo de origen comunitario y en el Derecho propio de la Administración europea posibilidades de participación con la finalidad de contribuir con el dialogo a la racionalidad de las decisiones administrativas. Esto ha hecho evolucionar la concepción del procedimiento administrativo desde su antigua concepción como cauce para la información administrativa, pasando por el procedimiento como medio para asegurar los derechos fundamentales, hasta una concepción que ve al procedimiento y a la participación en el mismo como elementos

[232] Para la cita, LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren*, pp. 35 ss. (47); para el concepto de participación en la sociología, BORA, en VAN DEN DAELE y NEIDHARDT, *Kommunikation und Entscheidung*, pp. 371 ss. (pp. 378 ss.).

[233] Para la conexión entre participación y autoimposición de obligaciones como modelo de ordenación mediante la autovinculación, *vid.* SCHUPPERT, en GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 217 ss. (227).

jurídicos objetivos y estructurales en el contexto de la adopción de decisiones por parte del Estado (*vid.* 6/99-101).

III. El público

113. "El público" y "lo público" * se cuentan entre los conceptos más tradicionales y ricos en conexiones de la teoría política [234]. Sin embargo, dada su ambigüedad, resultan problemáticos, pero «su carácter convincente reside en la posibilidad de expresar distintos significados en una palabra; si estos significados se relacionan entre sí de forma cambiante, entonces se articula en la tensión entre los distintos sentidos del concepto una conciencia del problema que plantea dicho concepto» [235]. Ya la combinación de los aspectos de lo "manifiesto" y lo "visible públicamente" con los aspectos político-sociológicos de lo "general" y de lo "que afecta a lo común" que se combinan en la palabra alemana "público" *(Öffentlich)* abre un amplio espectro de variantes en su significado [236]: «En combinación con su antónimo "privado" sirve lo "público" para determinar e indicar distintos ámbitos sociales de actuación y competencia con un carácter normativo fundamentalmente diverso. En una segunda constelación de conceptos se relaciona "lo público" con otros dos antónimos: "privado" y "secreto", que sirven para señalar una limitación social en el ámbito de las comunicaciones y el conocimiento. El tercer sentido de "el público" adopta elementos de los otros dos usos del concepto y los conecta añadiendo un nuevo contenido normativo. El público significa aquí una especie de colectivo con una determinada estructura de comunicación o un círculo de comportamientos comunicativos con unas características y funciones determinadas». Mientras que la distinción de ámbitos de responsabilidad es un tema de la teoría de las funciones de la Administración, se tratará en lo sucesivo de analizar lo que los dos últimos significados pueden aportar para el Derecho administrativo.

1. *Acceso a los documentos*

114. Desde un punto de vista jurídico no es difícil poner en relación los conceptos de "lo público" y "el público" con elementos tra-

* *N. del T.:* En el original alemán. *Offentlichkeit* y *Öffentlich,* respectivamente; el primer término, tal y como lo emplea el autor, se refiere al público como colectivo de personas; el segundo, al adjetivo "público", cuyo juego se explica en el texto.

[234] Al respecto, con multitud de referencias los trabajos incluidos en NEIDHARDT, *Öffentlichkeit.*

[235] En tal sentido, HOLSCHER, en BRUNNER, CONZE y KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe,* vol. 4, p. 413.

[236] PETERS, en NEIDHARDT, *Öffentlichkeit*, pp. 42 ss. (pp. 42 y 43).

dicionales del Estado de Derecho y del principio democrático. De hecho, la función garantista del carácter público de las actuaciones judiciales fue reconocida tempranamente. Que la publicidad de los reglamentos y estatutos u ordenanzas es una exigencia del Estado de Derecho, que debe operar incluso allí donde el Derecho positivo no lo establezca expresamente, es también un postulado esencial del Derecho público [237]. También es un principio jurídico que las sesiones de las asambleas parlamentarias y de los órganos colegiados superiores de los entes locales sean públicas, regla que sólo admite excepciones si están especialmente previstas. Todos estos supuestos constituyen importantes principios que están recogidos en el Derecho administrativo o que han partido de esta rama del Ordenamiento. Pero más allá de ellos la multiplicidad de sentidos de este concepto constituye un estímulo para construir nuevas conexiones entre el Estado democrático de Derecho y los factores valorativos que se esconden tras el concepto de público [238]. Basándose en esta idea ya advirtió Wolfgang Martens en 1969 del peligro de exigir demasiado del concepto de público; según este autor, en todo caso, no se derivaría un mandato de publicidad ilimitada de la actuación estatal ni de la conexión de este concepto con la idea de Democracia ni de su conexión con la de Estado de Derecho [239].

115. Sin embargo, la evolución posterior ha hecho progresar esta idea, y así la accesibilidad general a las informaciones administrativas sobre el medio ambiente es, por obra del Derecho comunitario, Derecho vigente, con lo que se ha superado, en un ámbito de referencia importante, el principio del Derecho administrativo alemán [§ 29 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG)] * de un acceso al expediente limitado a las partes en el procedimiento (*vid.* 6/109-110). En la mayor parte del resto de los países de la Unión Europea el acceso general a la información administrativa está reconocido por Ley y en parte también por la Constitución. Así, en un proceso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea relativo a un caso sobre publicidad de los expedientes de la Administración comunitaria el abogado general Tesauro resumía la situación en el Derecho comparado en los siguientes términos: «En otras palabras, el principio general ya no es que lo que no está expresamente declarado accesible es secreto, sino la regla es justamente la contraria» [240]. La presión del

[237] *BVerfGE,* 65, 283 (291).

[238] *Vid.* VON ARNIM, *Staatslehre*, pp. 508 ss.; ZIPPELIUS, *Staatslehre*, § 23 II 6.

[239] W. MARTENS, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, pp. 59 ss.

* *N. del T.:* El § 29 1.1 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) señala, como principio general, que: «El órgano *(Behörde)* permitirá el acceso de los interesados a los documentos del procedimiento, en cuanto el conocimiento de los mismos sea necesario para defender o hacer valer sus intereses jurídicos».

[240] STJCE, *Rec.* 1996, pp. 2196 ss. (p. 2179, para referencias al Derecho comparado, *vid.* § 15).

proceso de armonización europeo no puede *ni* debe ser resistida por el Derecho administrativo y la práctica de la Administración en Alemania. *Lo que no significa* que la protección de los datos o el secreto en materia social o tributaria o en interés de la protección de lo público no constituyan importantes argumentos que pueden justificar la negativa al acceso a la información. Pero, si en el caso concreto, no concurren estas circunstancias o no prevalecen sobre el interés a la información, el libre acceso a los documentos administrativos debe apreciarse como principio de un canon de publicidad de la Administración que debe desarrollarse en el Derecho procedimental administrativo de forma precisa.

2. *La opinión pública como foro*

116. El significado del público en los ámbitos de la actuación jurídico-administrativa va más allá y así el público puede utilizarse como foro para contrastar la racionalidad de las decisiones administrativas, lo que contribuye también a la mejora de su calidad. También en este ámbito el Derecho comunitario ofrece estímulos al progreso, ya que impulsa el que se conciba como una forma de control administrativo la existencia de un público informado en los Estados miembros, lo que vendría a compensar las deficiencias de control producidas por la ejecución descentralizada del Derecho comunitario (*vid.* 1/60). Con esto se podrían complementar los mecanismos de gobierno de ámbito "medio" * que contempla el sistema alemán, tema sobre cuya importancia ya se ha insistido. Sin embargo, no deben crearse expectativas excesivas, ya que la opinión pública es una estructura muy inestable de relaciones entre actores, medio y público [241] en la que la concentración en los temas y las reacciones dependen de condiciones incidentales, poco evaluables e inestables. Las funciones de transparencia, validación y orientación que la normativa atribuye a la intervención del público sólo se cumplen en la realidad de forma limitada, ya que el público no es una institución que obre según reglas fijas. Por tanto, no cabe atribuir al público funciones determinadas en el sistema jurídico-administrativo o constitucional. Si se quiere desarrollar la idea de la opinión pública como foro o contrapoder debe partirse de un estudio intensivo de los resultados de la investigación sociológica, ya que con un conocimiento del público basado tan sólo en fuentes jurídicas no se puede avanzar nada en este sentido. Por tanto, deben valorarse las investigaciones que apuntan a desviaciones selectivas e interesadas en la representación de intereses. Así, Friedhelm NEIDHARDT [242]

* *N. del T.*: El autor se refiere a aquellos supuestos de cooperación entre el Estado y la sociedad que describía en los §§ 100 y 101.

[241] Al respecto, NEIDHARDT en la obra colectiva dirigida por él, *Öffentlichkeit*, pp. 7 ss.

[242] *Vid.* NEIDHARDT, *op. cit.*, p. 13.

establece que: «Por lo general, el público es todo menos representativo del pueblo». Para continuar afirmando que: «En lo que respecta a la comunicación política, aparece sobrerrepresentado, con sus necesidades de orientación, un núcleo del público interesado políticamente, que deforma la comunicación al autoseleccionarse por condiciones como el nivel de estudios, el sexo, la edad, el estatus social y la orientación ideológica». El Derecho no puede aceptar estas desviaciones y nuevas estructuras de poder si quiere incluir el concepto del público en su modelo regulativo, sino que, llegado el caso, debe adoptar medidas que regulen, compensen y equilibren este fenómeno (*vid.* 6/122-123).

CAPÍTULO TERCERO *

LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PAPEL DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. En este capítulo nos vamos a ocupar de problemas, prácticas y modelos normativos tomados de las distintas ramas especiales de la Administración. Junto a los condicionantes abstractos que resultan de las grandes decisiones sobre la estructura del Estado, y que fueron tratados en el capítulo precedente, hay que tener en cuenta también los concretos factores determinantes de la Parte especial del Derecho administrativo. Es en ella donde se ponen claramente de manifiesto las distintas tareas o funciones administrativas y las exigencias específicas para su realización. Las resoluciones judiciales recaídas en las distintas ramas especiales del Derecho administrativo constituyen el material con el que se formulan las doctrinas generales; y de las instituciones jurídicas de estos sectores singulares se obtienen los elementos necesarios para construir un ordenamiento general. De esta constatación surge *la idea de las ramas o sectores de referencia* (*vid.* 1/12-16). En las páginas siguientes se abordan dos cuestiones: los nuevos sectores de referencia hacia los que se ha de orientar la Parte general del Derecho administrativo (apartado 1.º), y la manera en que se pueden integrar los enfoques normativos alumbrados en ellos en las doctrinas de la Parte general, a través de algunos conceptos básicos (apartado 2.º).

---

* Traducido por Germán Valencia Martín.

SECCIÓN 1.ª Las funciones de la Administración a la luz de la Parte especial del Derecho administrativo

2. El repertorio conceptual de la Parte general del Derecho administrativo se ha construido principalmente con materiales tomados de los Derechos de policía, local, urbanístico y funcionarial. Indudablemente, estas ramas del ordenamiento jurídico administrativo todavía revisten importancia. Así, el Derecho de policía constituye el prototipo del Derecho de la seguridad, cuya relevancia es evidente habida cuenta de que la evitación de peligros y la garantía de la seguridad representan elementales tareas públicas. En el ámbito del Régimen local, las normas relativas a la organización administrativa y sobre prestación de servicios públicos (procura existencial) se combinan para dar lugar al ordenamiento tipo de una Administración cotidiana, próxima al ciudadano y dotada de una legitimidad democrática autónoma. El Derecho urbanístico constituye un sector del ordenamiento jurídico que permite apreciar perfectamente el cambio que han experimentado las funciones administrativas, desde la intervención puntual a la planificación. Pese a ello, hoy en día ya no se puede seguir partiendo de la idea de que estas ramas del Derecho administrativo, que han sido hasta la fecha los sectores de referencia, permitan dar cuenta cabal y completa de las grandes tareas administrativas de nuestro tiempo, cuya comprensión sistemática constituye el objeto de la Parte general [1].

3. En este sentido, la economía, la conservación de los recursos naturales, la seguridad social y la investigación científica constituyen, hoy en día, ámbitos importantes de responsabilidad pública. De entre ellos, aquí se examinarán principalmente el *Derecho administrativo ambiental* (A) y el *Derecho administrativo social* (B). La particular relevancia de ambos sectores viene subrayada por el hecho de que se encuentran constitucionalmente incardinados dentro de los fines del Estado en los arts. 20 y 20a GG. El Derecho administrativo ambiental constituye, además, un sector en el que la integración europea se encuentra muy avanzada; por esta razón, la incorporación de sus modelos normativos en el sistema administrativo viene a reforzar —aunque sea de forma indirecta— la recepción del Derecho comunitario (*vid.* 1/50-60). Tanto el Derecho administrativo ambiental como el Derecho administrativo de carácter social se ocupan de regular la distribución de bienes comunes [2]. No obstante, sus enfoques difieren notablemente entre sí: mientras que el Derecho administrativo social parte del encuentro *personal* entre el individuo y la Administración en el seno de una relación administrativa, en el Derecho administrativo ambiental

[1] *Vid.*, al respecto, Di Fabio, *Risikoentscheidungen*, pp. 445 ss.

[2] Sobre el significado de este concepto para la sistemática jurídica, *vid.* Zacher, en *FS für Lerche*, pp. 107 ss., y Engel, *DV*, 1997, pp. 429 ss.

predomina un enfoque *medial o material*, relativo a los distintos medios que integran el ambiente. No obstante, ambos sectores siguen un esquema clásico, en el sentido de que en ellos dominan hasta la fecha las formas de actuación y organización del Derecho público. Distintas son las cosas en el *Derecho administrativo de la ciencia*, que aquí tomaremos como tercer sector de referencia (C). Su estudio se justifica precisamente por la variedad de supuestos que ofrece de actuación administrativa bajo formas jurídico-privadas y también, naturalmente, por la especial sensibilidad que tiene en este ámbito la libertad de investigación frente a las pretensiones de regulación por parte del Derecho. Tampoco cabe descartar la existencia de zonas de intersección entre el Derecho ambiental y el Derecho de la ciencia, como, por ejemplo, en el tratamiento de las decisiones sobre valoración de riesgos, que sólo pueden ser resueltas jurídicamente mediante la combinación de principios propios de *ambos* sectores. El "estado de la ciencia y de la técnica" como concepto clave del Derecho ambiental apunta en esa dirección [3].

4. Con ello no se agota, sin embargo, el catálogo de sectores de referencia relevantes para la Parte general del Derecho administrativo. El *Derecho administrativo económico* encierra todo un conjunto de enfoques normativos de la más variada índole [4]. En este sector se entremezclan de tal forma las medidas de carácter limitativo, prestacional y directivo, que resulta difícil identificar unos principios unitarios característicos del mismo. Por lo demás, su variedad de formas de organización y actuación, que se renuevan continuamente, viene a demostrar lo necesario que resulta también la adaptación y evolución de las doctrinas de la Parte general [5].

5. Un ejemplo reciente y particularmente importante de lo anterior lo constituyen las distintas variantes de una nueva modalidad de actividad administrativa de distribución * que se está desarrollando en los sectores del transporte, la energía y los medios de comunicación. Tales variantes son expresión de un nuevo y distinto reparto de funciones entre el Estado y la economía en sectores en los cuales la inter-

[3] *Vid.*, al respecto, Ladeur, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und Flexibilität*, p. 111 (124 ss.); y Di Fabio, *Risikoentscheidungen*, pp. 78 ss. y 192 ss.

[4] Sobre su relevancia para la parte general del Derecho administrativo, *vid.* E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, p. 18; R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, parte general, pp. 58 y 59. Y, en general, sobre dichos enfoques, *vid.* Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, pp. 9 ss.

[5] Cfr. Brohm, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, pp. 36 ss.; y, del mismo autor, *DÖV*, 1979, pp. 18 ss.

* *N. del T.*: El término empleado en el libro de Administración distributiva (*verteilende Verwaltung*) se refiere, según aclaraciones del propio autor, a un nuevo tipo de actividad administrativa, en virtud de la cual la Administración asigna a los sujetos de Derecho privado recursos u oportunidades que están a su disposición. Este tipo de actividad adquiere una especial relevancia en aquellos casos en los que se produce una concurrencia de varios sujetos privados por tales recursos u oportunidades, por ejemplo, en relación con la utilización del suelo (demandas de vecindad en el Derecho urbanístico) o el acceso al mercado (Derecho de telecomunicaciones).

vención administrativa se ha reducido hoy en día esencialmente a una actividad de control o supervisión, unida, no obstante, a una responsabilidad (permanente) sobre el funcionamiento de los mismos, que la Administración no ha de satisfacer, o no al menos principalmente, mediante una prestación directa de los servicios, sino a través de una *regulación de los mercados*. Formas de actuación características de este nuevo tipo de intervención administrativa son las licitaciones para el otorgamiento de un número limitado de licencias, y las autorizaciones y asignaciones de naturaleza similar a las concesiones. En los sectores de las telecomunicaciones y el ferrocarril, un nuevo tipo de organismos reguladores asume conjuntamente, a alto nivel, las funciones relativas a la defensa de la competencia y a la regulación de los mercados destinada a garantizar la prestación de los servicios (*vid.* 5/8) [6]. En todas estas cuestiones también se reciben impulsos significativos del Derecho comunitario, cuya orientación primordial hacia los ámbitos del Derecho de la competencia, del Derecho antidumping y del control de las ayudas estatales (*vid.* 1/62) acrecienta la importancia de los distintos sectores del Derecho administrativo económico de los Estados miembros [*]. Las regulaciones sobre el acceso al mercado de productos y servicios, para las que hay que asegurar unos efectos a escala comunitaria (*vid.* 7/50), se convierten en un referente importante [7]. Los procedimientos administrativos complejos y la transparencia de las decisiones adoptadas a un nivel "intermedio" pasan a un primer plano —una tendencia que se ve confirmada en los sectores de referencia del Derecho ambiental, social y científico—.

A. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL

6. El amplio sector del Derecho administrativo ambiental comprende ordenamientos jurídicos procedentes de muy distintas etapas de la evolución del Derecho [8]: las legislaciones sobre contaminación atmosférica, radiaciones ionizantes y sustancias peligrosas tienen su origen en la policía administrativa, mientras que en la protección de la calidad de las aguas están presentes las tradiciones del Derecho de los bienes públicos y del régimen de utilización de los mismos. Por su parte, la legislación de protección de la naturaleza incorporó desde el principio objetivos conservacionistas, cuyas exigencias, que trascien-

[6] MÜLLER-TERPITZ, *ZG*, 1997, pp. 257 ss. Similares funciones asumían ya con anterioridad los organismos públicos de medios de comunicación de los *Länder; vid.*, al respecto, BUMKE, *Öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten*, pp. 6 ss.

[*] *N. del T.:* En el Derecho comunitario predominan las ramas económicas, lo que contrasta con algunos Derechos administrativos internos, como el alemán, con una orientación preferentemente "espacial".

[7] WAHL y GROB, *DVBl*, 1998, p. 2 (3). En general, sobre el significado de la dirección y control de la economía, *vid.* BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 281 ss.

[8] Cfr. KLOEPFER, *Geschichte des Umweltrechts, in totum*.

den la evitación de peligros, pueden entenderse reconocidas como muy tarde a partir de la Constitución de Weimar. En la normativa de los residuos se combinaron los intereses del servicio público (procura existencial) y del Derecho de policía, habiendo añadido la legislación de reducción, reutilización y reciclado de residuos ingredientes iusprivatisvas que exceden del Derecho público clásico.

La agrupación de estos sectores del ordenamiento jurídico bajo la denominación común de Derecho ambiental encierra dos ideas fundamentales: por un lado, el Derecho ambiental es un *Derecho de riesgos*, en la medida en que, por ejemplo, en el ámbito de las sustancias peligrosas, debe enfrentarse con las incertidumbres del desarrollo tecnológico [9]; y, por otro lado, sobre todo en el campo de la legislación de protección de la calidad de las aguas y de protección de la naturaleza, se trata de un *Derecho de gestión y protección* de bienes comunes que se encuentran sobreexplotados debido a la multiplicidad de demandas de uso que recaen sobre ellos. La síntesis de dichos sectores del ordenamiento jurídico bajo una denominación unitaria tiene un carácter programático: se trata de elaborar una *estructura normativa* unitaria y omnicomprensiva que pueda dar al medio ambiente, entendido como *un sistema de elementos que interactúan entre sí* [10], una protección adecuada. El mandato de protección tiene un alcance muy amplio: tiene por finalidad reparar los daños al medio ambiente, hacer frente a los peligros inminentes para el ambiente, prevenir otros riesgos más remotos y reestablecer la funcionalidad de los sistemas naturales [11].

7. Un sector del ordenamiento jurídico con tales objetivos estará marcado lógicamente por una complejidad extremadamente grande. Dicha complejidad se pone especialmente de manifiesto de tres formas: como *problema de conocimiento*, debido a la dificultad de comprensión de las interacciones entre los elementos singulares que conforman el medio ambiente natural; como *problema de decisión pública*, por el peligro de irreversibilidad de los daños; y como *problema de gestión o distribución de recursos*, habida cuenta de la multiplicidad de usos y de derechos que pretenden ejercerse sobrè el objeto protegido. Este "dilema de complejidad" [12] constituye un reto para el Derecho administrativo, al poner en cuestión sus dogmas centrales [13]: la responsabilidad individual queda desplazada por una responsabilidad colectiva;

[9] *Vid.*, al respecto, ante todo, DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, en especial, pp. 41 ss., 94 ss. y 98 ss.

[10] Cfr. SALZWEDEL, en *HStR*, vol. 3, § 85, núm. marg. 2.

[11] *Vid.*, al respecto, el Proyecto de Código Ambiental-Parte General *(UGB-AT)*, pp. 107 ss.

[12] Elocuente expresión utilizada en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Asuntos Ambientales del año 1994 *(SRU-Gutachten 1994)*, apartados 109 y ss.

[13] Sobre estas cuestiones, *vid.* BREUER, *Verwaltungsrechtliche Prinzipien*, pp. 18 ss.; KLOEPFER, *Rechtsumbildung durch Umweltschutz*; RITTER, *DÖV*, 1992, pp. 641 ss.; HILL, *UTR*, 1994, pp. 91 (96 ss.); WAHL, *Prävention und Vorsorge*. Para un análisis económico de las mismas, *vid.* GAWEL, *DV*, 1995, pp. 201 ss.

el contexto general del *juicio* o test de proporcionalidad se transforma en una perspectiva generalizante; los conceptos jurídicos dejan su lugar a tipos y estándares normativos. El sistema de relaciones entre Administración y ciudadano queda mediatizado por la opinión pública y el papel de las asociaciones. Las formas de actuación "informales" o "cooperativas", los acuerdos previos y la tolerancia de conductas pasan a dominar una escena que, de acuerdo con las concepciones recibidas, debería estar presidida, por el contrario, por actos unilaterales ejecutivos con un contenido bien definido.

8. Todas estas cuestiones surgen, ante todo, como consecuencia de las exigencias objetivas que plantea la protección del medio ambiente y, por lo tanto, representan, en principio, una evolución propia de ciertas ramas de la Parte especial del Derecho administrativo. No obstante, el Derecho comunitario, cuya influencia en el ámbito del Derecho ambiental es particularmente relevante, muestra ya una tendencia evolutiva hacia la superación de la especialidad. En efecto, con las normas de procedimiento comunitarias en materia de evaluación de impacto ambiental, acceso a la información ambiental, auditorías ambientales y prevención y control integrados de la contaminación, se ha abierto una etapa de transición hacia una Parte general del Derecho ambiental (*vid.* 1/16). El paso siguiente ha de consistir en preguntarse y averiguar, mediante un examen comparativo de otros sectores de la actividad administrativa, hasta qué punto no se trata de una evolución o desarrollo de alcance más amplio, que ha de encontrar reflejo en el conjunto del Derecho administrativo y, por lo tanto, fundamentalmente en su Parte general. Precisamente por ello el Derecho ambiental puede actuar como "catalizador de las necesidades de reforma" de las doctrinas generales del Derecho administrativo [14].

I. Principios del Derecho ambiental

9. Con el fin de configurar el Derecho ambiental como un conjunto normativo unitario, tempranamente se pusieron ya de relieve las ideas cardinales de este sector del ordenamiento jurídico. Los principios de precaución, cooperación y de "quien contamina paga" no permiten dar una respuesta dogmática inequívoca en cada caso, pero al menos muestran la dirección en la que se han de buscar las soluciones, y suministran modelos argumentativos para la delimitación de los ámbitos de responsabilidad respectivos de la sociedad y los poderes públicos [15].

[14] En este sentido, HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrecht*, p. 115 (120). *Vid.*, también, P. M. HUBER, *AöR*, 1989, pp. 252 ss., y HILL, *UTR*, 1994, p. 91 (96 ss.).

[15] Cfr. HOPPE y BECKMANN, *Umweltrecht*, § 1, núm. marg. 48: «Estos principios de la pro-

1. *Precaución* *

10. Dentro de esa tríada de principios, el de precaución es el que expresa con mayor claridad la esencia del Derecho administrativo ambiental [16]: «Mediante la utilización de las medidas adecuadas, en especial, la planificación y la limitación de las emisiones al nivel que permita el estado de la técnica, se han de excluir, en la medida de lo posible, todas aquellas repercusiones negativas sobre el medio ambiente que sean evitables o que, por sus efectos a largo plazo, resulten impredecibles» [17]. En tanto que *prevención de riesgos*, este principio supone una respuesta al proceso de desarrollo tecnológico, en el que los efectos secundarios o a largo plazo ya no se pueden evaluar a partir de experiencias vitales contrastadas [18]. Por esta razón, la intervención pública ya no puede limitarse a la reparación de los daños una vez producidos y a la evitación de los peligros previsibles. El concepto de peligro no permite hacer una valoración adecuada de los intereses en conflicto que surgen en relación con la conservación del medio y el desarrollo económico, en aquellos casos en los que no se dispone de conocimientos científicos de carácter empírico [19]. En un Derecho ambiental basado en la precaución, los poderes públicos tienen que hacer frente a su responsabilidad frente a los riesgos de la técnica, que van más allá de la noción de peligro. «En virtud del principio de *precaución* cabe *exigir* la *minimización* de los *riesgos* incluso en aquellos casos en los que las relaciones de causalidad no son suficientemente conocidas o demostrables por medios estadísticos o empíricos» [20]. Por ello, cabe la posibilidad de reaccionar, mediante la utilización de los instrumentos de intervención de Derecho público, antes de que se alcance el umbral de peligro, y la responsabilidad individual

tección ambiental suministran modelos, planteamientos básicos y pautas de actuación para una política ambiental racional».

* *N. del T.:* En el Derecho alemán, el concepto de *Vorsorge*, que es el que aparece en el texto, cubre los dos principios de prevención y precaución o caútela, que aquí solemos distinguir siguiendo el Derecho comunitario (art. 174.2 TCE). El traducirlo como precaución no tiene, pues, una intención diferenciadora, que en principio no existe en el texto, sino que es sólo una opción por la vertiente más moderna y exigente, a la que desde luego sí se alude en el texto. No obstante, también es cierto que, debido a esa misma influencia comunitaria, en el Derecho alemán cabe encontrar también en ocasiones la distinción entre *Prävention* o *Vorbeugung*, para expresar la prevención, y *Vorsorge*, en el sentido de precaución.

[16] KLOEPFER, *Umweltrecht*, § 3, núm. marg. 4, se refiere a la precaución como fin principal, mientras que los otros dos principios serían fines secundarios. Cfr., además, SALZWEDEL, en *HStR*, vol. 3, § 85, núms. margs. 8 y ss., y R. SCHMIDT, *DÖV*, 1994, pp. 749 ss.

[17] Así se expresa el § 4 del Proyecto de Código Ambiental-Parte General *(UGB-AT)*. Para un estudio sistemático de este principio, *vid.* TRUTE, *Vorsorgestrukturen*, pp. 29 ss.; SCHULZE-FIELITZ, en R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, parte especial, t. 1, § 3, núms. margs. 34 y ss.

[18] MURSWIEK, *VVDStRL*, vol. 48, p. 207 (208).

[19] En este sentido, acertadamente, TRUTE, *Vorsogestrukturen*, pp. 28 y 29.

[20] DI FABIO, *NuR*, 1991, p. 353 (357).

del causante de los daños se transforma en una imputación colectiva de los riesgos[21]. La variante del principio en el Derecho de bienes, *la utilización racional de los recursos naturales*, pretende preservar para el futuro espacios vitales o reservas de explotación. En este caso, lo que predomina es el enfoque planificador (*vid.* 6/78-81). Así se aprecia claramente, por ejemplo, en el régimen de usos del Derecho de aguas y en los planes integrales de ordenación territorial[22].

2. *Cooperación*

11. El principio de cooperación pone de relieve que la frontera entre Estado y sociedad, entre las funciones que a una y otra esfera corresponden, resulta bien flexible o movediza. Y pretende hacer un uso decidido de esa flexibilidad. La protección del medio ambiente es una tarea confiada conjuntamente a los ciudadanos y a los poderes públicos, cada uno de los cuales tiene que aportar su propia contribución específica. En el Informe sobre el estado del medio ambiente del Gobierno federal, de 1976[23], ya se decía lo siguiente: «Sólo partiendo de la corresponsabilidad y de la participación de los afectados se puede alcanzar una relación equilibrada entre la libertad individual y las necesidades colectivas». El principio de cooperación se basa en la convicción e iniciativa propia de los ciudadanos. Comprende tanto la cooperación individual como la colaboración con asociaciones representativas de intereses. También se puede considerar como un mecanismo de cooperación la apelación a la opinión pública, a través, por ejemplo, de la información en materia de medio ambiente y de la utilización de la conciencia ambiental de los ciudadanos como instrumento de política ambiental.

Además de esos aspectos fundamentales, el principio de cooperación tiene también un carácter instrumental. En este sentido, constituye la base de los conciertos, convenios y acuerdos tan frecuentemente utilizados en la política ambiental[24]. La cooperación también se puede materializar a través de nuevas formas de organización y de articulación de los procedimientos administrativos. Pero para conseguirlo no basta con darle a las instituciones existentes y a las formas habituales de actuación administrativa una simple apariencia externa de actuación conjunta, no basta con conectarlas sin más. La cooperación tiene un significado más profundo. Implica un cambio en los

[21] Cfr. TRUTE, *Vorsorgestrukturen*, pp. 64 ss.

[22] TRUTE, *Vorsorgestrukturen*, pp. 112 ss., y ERBGUTH, *Grundfragen des Umweltrechts*, pp. 102 ss. y 124 ss.

[23] *Diario Oficial del Bundestag* 7/5684, apartado 8.

[24] Cfr. RENGELING, en *HdUR*, vol. 1, columnas 1284 ss.

modelos de comunicación tradicionales entre la Administración, los ciudadanos y la opinión pública (*vid.* 2/106-116)[25].

II. Estructuras de intereses e instrumentos de la política ambiental

12. Al igual que ocurre con las funciones y competencias administrativas en materia de protección del medio ambiente, también resultan complejas las estructuras y los titulares de los intereses afectados. El propio concepto de medio ambiente, entendido como un sistema de elementos que interactúan entre sí, sugiere que, cuando se incide en el medio ambiente, por regla general no cabe obtener la satisfacción de *un* determinado interés sin recortar *otros* intereses. Intereses en el progreso y en el mantenimiento del *statu quo*; intereses locales y sectoriales; intereses a corto y a largo plazo se concitan en este ámbito formando una amalgama difícilmente discernible. Las estructuras de intereses multipolares constituyen, por tanto, la situación característica en el Derecho administrativo ambiental (*vid.* 3/85).

1. *Intereses específicos en el ámbito del Derecho ambiental*

13. De acuerdo con la concepción tradicional, en las situaciones o procesos que despliegan sus efectos en un ámbito espacial reducido, la contraposición de *intereses es de carácter individual*, y éstos encuentran su reconocimiento o protección a través de la institución de la propiedad. Los efectos jurídico-privados que se atribuyen a la autorización de instalaciones en el § 14 de la Ley Federal de protección del ambiente atmosférico *(BImSchG)* vienen a expresar este punto de vista *. La doctrina de la norma de protección *(Schutznormlehre)*, capital en el ámbito de la doctrina de los derechos subjetivos, ha ampliado crecientemente en los últimos años el círculo de los intereses jurídicamente protegidos (*vid.* 2/60). Esta doctrina ha permitido que, hoy en día, se cuente también con protección frente a riesgos concretos para la salud que, más que en función de circunstancias personales, se determinan característicamente por referencia a grupos o a ciertas situaciones espaciales. En cambio, según la opinión dominante, detrás

[25] HILL, *DÖV* 1994, p. 279 (282 y 283).

* *N. del T.:* El título completo de esta Ley, abreviadamente conocida como Ley Federal de protección frente a las inmisiones *(Bundes-Immissionsschutzgesetz, BISchG)*, es «Ley sobre la protección frente a las repercusiones ambientales negativas producidas por la contaminación atmosférica, ruidos, vibraciones y otros fenómenos similares». El § 14 de la Ley excluye que en las demandas civiles basadas en relaciones de vecindad puedan formularse pretensiones de paralización del funcionamiento de una instalación si cuenta con autorización administrativa inimpugnable. En tal caso, sólo cabe reclamar la adopción de medidas que excluyan sus efectos perjudiciales, y si, de acuerdo con el estado de la técnica, tales medidas no son realizables o no resultan económicamente viables, una indemnización por los daños.

de los estándares de protección ambiental no cabe identificar todavía, por regla general, intereses individuales jurídicamente diferenciables [26].

No obstante, un análisis más detenido de las propias decisiones con efectos en ámbitos espaciales reducidos permite poner de manifiesto que las repercusiones sobre el medio ambiente a menudo no pueden valorarse únicamente desde la perspectiva de los intereses privados individuales [27]. La contaminación atmosférica a larga distancia, las inmisiones acumulativas, la contaminación difusa de las aguas subterráneas o del suelo y las sustancias cuya toxicidad sólo se manifiesta como consecuencia de un encadenamiento de circunstancias, constituyen todas ellas situaciones que hacen entrar en juego intereses agregados y colectivos. A la inversa, lo mismo cabe decir cuando, por motivos ambientales, se deniega autorización para el emplazamiento de una instalación, postergando, por ejemplo, los intereses del desarrollo económico de una región o del mercado laboral. En el ámbito de la protección ambiental se puede constatar, por ello, el importante papel complementario que desempeñan los *intereses colectivos o de grupo* (*vid.* 2/108). Así se reconoció ya tempranamente en alguna de sus ramas singulares, como en la legislación de protección de la naturaleza, y se le intentó dar cauce abriendo paso a la participación de personas no profesionales y de asociaciones. Las iniciativas ciudadanas han convertido, de este modo, el interés de grupo en un firme componente de los procesos de toma de decisiones en materia ambiental. Además del derecho de los afectados a participar, derivable del derecho de audiencia que para la protección de los intereses individuales reconoce con carácter general la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (§ 28 *VwVfG*), el ordenamiento jurídico ha establecido la participación de las asociaciones en las decisiones con proyección territorial (§ 29 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza —*BNatSchG*— *) y la audiencia de los círculos involucrados (§ 51 de la Ley Federal de Protección del Ambiente Atmosférico —*BImSchG*— **), como formas de participación indirecta, a través de representantes, en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales en materia ambiental.

[26] *Vid.*, al respecto, en sentido crítico, BÖHM, *Normmensch*, pp. 111 ss.

[27] Cfr. LÜBBE-WOLFF, *NuR*, 1993, pp. 217 ss.

* *N. del T.*: El título completo de la Ley es «Ley sobre Protección de la Naturaleza y Cuidado del Paisaje». El § 29 de la Ley regula la participación de las asociaciones legalmente reconocidas en el procedimiento de elaboración de reglamentos, planes y programas, concesión de dispensas y aprobación de proyectos en las materias que son objeto de la Ley; así como los requisitos para su reconocimiento.

** *N. del T.*: El § 51 de la *Ley* regula la audiencia de los círculos involucrados en el procedimiento de elaboración por la Administración federal de reglamentos y disposiciones administrativas internas. A este respecto, establece que, cuando las habilitaciones legales para su dictado prevean la audiencia de dichos círculos, habrá que escuchar a un círculo, seleccionado en cada caso, de representantes de la comunidad científica, de los afectados, de los sectores económicos interesados, del sector del transporte y de las autoridades superiores de los *Länder* competentes en materia de inmisiones.

14. El Derecho ambiental viene a demostrar, finalmente, la necesidad de establecer claras diferencias incluso *dentro de* los propios intereses públicos generales. En efecto, entre las propias autoridades estatales competentes (de la Federación o de los *Länder*) puede haber opiniones muy alejadas entre sí sobre cuál sea el legítimo interés público en un caso concreto. Y si a dichas instancias se añaden Corporaciones de Derecho público, que defienden sus propios intereses locales o sectoriales, el panorama puede resultar todavía más inabarcable. Las discusiones acerca de si la tutela del medio ambiente debe tener una orientación más antropocéntrica o ecocéntrica ponen, en fin, de manifiesto los muy diferentes puntos de partida desde los que cabe definir el interés general: bien como el interés de una pequeña comunidad territorial actual o bien como comprensivo del interés de las generaciones futuras de la nación o incluso de la comunidad internacional. Esta observación ha hecho que surjan dudas acerca de la atribución en exclusiva a una única autoridad estatal de la potestad para *determinar el interés general*. La información y la educación ambiental se convierten, así, en un presupuesto necesario para que pueda tener lugar una articulación social de intereses capaz de procurar el bien común.

2. *Habilitaciones para la concreción de los preceptos legales*

15. El Derecho ambiental es, por un lado, un Derecho de la técnica y, por otro, un Derecho de distribución y planificación de recursos. Así se pone de manifiesto en la estructura de los enunciados normativos de las leyes correspondientes y en la posición del Ejecutivo. Algunas disposiciones importantes se presentan en forma de mandatos finalistas [28]. Pero incluso en aquellos casos en que los enunciados legales han mantenido la forma de mandatos condicionales, siguiendo la tradición de las normas de policía, se trata con frecuencia de habilitaciones normativas muy amplias. Conceptos como el del "estado de la técnica" se consideran a veces por la doctrina como una muestra, precisamente, de que en el ámbito de la protección del ambiente el Derecho ha retrocedido en la práctica a una mera "función notarial" [29]. Sin embargo, lo que ocurre es que el Derecho no puede aspirar a un control pleno de la técnica, como no puede hacerlo respecto de ninguna otra

[28] Por ejemplo, § 1 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza *(BNatSchG)*, § 1 a) de la Ley de Aguas *(WHG)*, § 1 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico *(BImSchG)*, y § 1 de la Ley de Sustancias Peligrosas *(ChemG)*.

[29] En este sentido, NOCKE, en BRYDE y HOFFMANN-RIEM, *Rechtsproduktion und Rechtsbewusstsein*, p. 81 (110).

esfera social (*vid.* 1/33-49). Su función no es otra que establecer un marco normativo y dar una estructuración de tipo procedimental al respectivo ámbito social; y lo mismo cabe decir en relación con la técnica. La definición del § 3.6 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico *(BImSchG)* pretende dejarlo claro. De acuerdo con este precepto, el estado de la técnica consiste en el estadio más avanzado de desarrollo de los procedimientos, instalaciones o sistemas de funcionamiento que permite asegurar la capacidad práctica de una medida para limitar las emisiones. Esta definición permite comprobar claramente la doble naturaleza de los conceptos legales referidos a cuestiones técnicas [30]: no se trata de simples cláusulas de reenvío recepticio, mediante las cuales el legislador remita a los estándares admitidos entre los profesionales, sino que constituyen también conceptos valorativos, que establecen los riesgos asumibles y los umbrales de tolerancia, y de los que, por tanto, los poderes públicos han de responder [31]. Se precisan, pues, formas de organización y de procedimiento específicas, que permitan articular por fases los elementos decisorios de carácter técnico suministrados por los expertos y los de carácter político-valorativo [32]. Pero la cooperación no sólo resulta necesaria en el establecimiento de los estándares técnicos, sino también en la aplicación singular de las normas jurídicas.

16. Las leyes ambientales contienen numerosas *cláusulas de ponderación* abiertas o encubiertas. Así, por ejemplo, el § 1.2 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza *(BNatSchG)* viene a destacar ya desde el pórtico de la Ley el carácter ponderativo del entero Derecho de protección de la naturaleza, al disponer que los fines establecidos por la misma «se han de ponderar entre sí y frente a las restantes demandas de la comunidad en relación con la naturaleza y el paisaje» *. Esta idea de ponderación se reitera sobre todo en las habilitaciones legales para la formulación de planes [33]; pero no se limita a ellas, sino que se encuentra presente en todos los casos de otorgamiento de amplias habilitaciones de actuación caracterizadas por la necesidad de tener en cuenta una pluralidad de determinantes legales distintos. En este sentido, el vasto campo de la prevención de riesgos se encuentra

[30] JARASS, *NJW*, 1987, pp. 1225 ss., con referencias bibliográficas adicionales.

[31] MURSWIEK, *VVDStRL*, vol. 48, p. 207 (218 y 219).

[32] *Vid.*, al respecto, con referencias adicionales, el Proyecto de Código Ambiental-Parte General *(UGB-AT)*, pp. 460 ss.; *vid.*, también, LAMB, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, en especial, pp. 175 ss.

* *N. del T.:* En el § 1.1 se establecen como fines de la Ley la conservación de la naturaleza, los recursos naturales, el mundo animal y vegetal, y la variedad, singularidad y belleza de la naturaleza y del paisaje.

[33] Así, en el § 5.2 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza *(BNatSchG)*, en relación con los planes de ordenación de los recursos naturales; de manera similar, aunque con una formulación distinta, el § 36.2 de la Ley de Aguas *(WHG)* y el § 50 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico *(BImSchG)*. *Vid.*, al respecto, KLOEPFER, *Umweltrecht*, § 3, núms. margs. 51 y ss.

también presidido por la idea de ponderación. Tampoco en este caso se trata, sin más, de una exigencia de lo "técnicamente realizable" en cada momento, cuya determinación hubiera que hacer con sujeción estricta a normas jurídicas, sino de «un complejo replanteamiento de la cuestión de qué límites de emisión hay que exigir en el futuro a todas las instalaciones durante un buen espacio de tiempo para lograr una adecuada prevención» [34].

17. La ponderación no constituye en la dogmática jurídico-administrativa una institución unitaria. Entre los conceptos ya asentados de ponderación "en la ejecución" y "en la planificación" hay un amplio elenco de posibles actuaciones y tareas para concretar las normas legales, de modo diferente (*vid.* 4/41-42) [35]. No obstante, todos estos tipos y subtipos de ponderación tienen en común el hecho de considerar los márgenes de apreciación resultantes como competencias propias de las instancias administrativas encargadas de la aplicación de las leyes, y de intentar dotarlos de una organización decisoria adecuada a la índole de las funciones [36]. De esta forma, el mandato o deber de ponderación ha ido adquiriendo progresivamente una estructura diferenciada: cada vez resulta más claro que para llevar a cabo una ponderación integral en toda su extensión, tal como se ha desarrollado en el ámbito del planeamiento urbanístico, es necesario llevar a cabo primero ponderaciones parciales en campos específicos, puesto que, de lo contrario, en una ponderación general los intereses débilmente representados resultan fácilmente preteridos. Precisamente, el Derecho ambiental ha llamado la atención sobre la necesidad de articular primero autónomamente y dar consistencia formal a los distintos intereses en presencia, para, una vez hecho esto, poder integrarlos en una fase ulterior dentro de la ponderación general [37].

3. *El arsenal de instrumentos del Derecho ambiental*

18. El Derecho ambiental es uno de los campos donde mejor se ponen de manifiesto la virtualidad y los límites de las técnicas administrativas clásicas de aplicación del Derecho. La temprana constatación, precisamente en este ámbito, del déficit de cumplimiento de la normativa, desató un amplio debate sobre los posibles mecanismos

[34] En este sentido, *BVerwGE*, 69, 37 (45), haciendo suya una formulación de la Comisión de Expertos sobre Asuntos Ambientales. Sobre el contenido ponderativo de las decisiones en materia de prevención de riesgos, *vid.*, además, TRUTE, *Vorsorgestrukturen*, pp. 296 ss.

[35] Un tratamiento sistemático de esta cuestión en TRUTE, *Vorsorgestrukturen*, pp. 288 ss.

[36] En este sentido, acertadamente, *BVerwGE*, 69, 37 (45), con la advertencia de que la realización del principio de prevención no puede tener lugar «mediante la aplicación directa del § 5.2 *BImSchG* [§ 5.1.2, en la redacción actual] al respectivo caso concreto», sino que presupone un previo desarrollo mediante reglamentos o disposiciones administrativas internas.

[37] *Vid.*, al respecto, SCHMIDT-ASSMANN, *DÖV*, 1990, pp. 169 ss.

de dirección y control social, es decir, sobre los instrumentos de política ambiental[38]. Desde una perspectiva sistemática, se han desarrollado especialmente, al respecto, modelos *de cooperación*, que combinan los instrumentos regulatorios de Derecho público y el autocontrol privado, y modelos de dirección o control *recursivo (de autocontrol o autorregulación)*, que pretenden trasladar la responsabilidad ambiental a la esfera de decisión de los agentes privados. La conclusión, más bien de orden práctico, que cabe extraer de este debate es que la dirección y control de las conductas y la ejecución de las normas ya no se pueden entender como actuaciones unilaterales de los poderes públicos, sino que se han de contemplar como un entramado de acuerdos y entendimientos. El fundamento de la dirección y control públicos reside en las *interacciones* y la *información*. Sus verdaderas claves suelen encontrarse, por regla general, a un nivel más profundo de lo que da a entender un tratamiento jurídico formal de los mismos. Pero incluso por lo que se refiere a la cuestión de la traducción jurídico-formal de dicha actividad directiva, han ganado notablemente en importancia las técnicas jurídicas *de carácter cooperativo*, como los convenios, acuerdos o la simple colaboración informal. Con tales sistemas de estímulo cabe confiar muchas cosas, en definitiva, al cumplimiento voluntario de los agentes privados. No obstante, y sin perjuicio de ello, los *instrumentos regulatorios (imperativos)* siguen siendo irrenunciables[39]. Pese a todos sus problemas de efectividad, se testimonia a través de ellos la responsabilidad de los poderes públicos sobre el conjunto del sector. Las garantías propias del Estado de Derecho que ofrecen estos instrumentos resultan necesarias, sobre todo, en aquellos casos en que las formas de actuación concertadas no alcanzan a cubrir adecuadamente el abanico de intereses afectados o corren el peligro de traducirse en soluciones minimalistas.

a) Instrumentos de dirección de nivel intermedio

19. El Derecho ambiental pone de manifiesto la importancia de los instrumentos *directivos de nivel intermedio*, en la medida en que saben ofrecer e introducir, entre la Ley y el caso concreto, conceptos y directrices marco destinados a la concreción y determinación de los fines que han de presidir el sector. Estos instrumentos se presentan en forma de disposiciones de carácter general y abstracto, de planes

[38] Cfr. Hoffmann-Riem, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y Schuppert, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 115 (135 ss.); Schulze-Fielitz, en R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, parte especial, vol. 1, § 3, núms. margs. 42 y ss., y Köck, *VerwArch*, 1996, pp. 644 ss., con referencias adicionales.

[39] Lubbe-Wolff, *NuR*, 1993, p. 217 (218).

directores en materia ambiental o de técnicas de concreción normativa de carácter cooperativo[40].

El Reglamento es el principal exponente de la *normación administrativa* en el Derecho ambiental. Este tipo de norma refleja el dinamismo de este sector del ordenamiento jurídico, permitiendo una rápida adaptación de múltiples detalles de la legislación a los nuevos conocimientos científicos o a las nuevas posibilidades de la técnica. Pero además de ello, las *disposiciones administrativas internas (Verwaltungsvorschriften)* han sabido adaptarse y encontrar una configuración especial en el ámbito del Derecho ambiental (§ 48 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico *), que las ha aproximado, procedimental y funcionalmente, a los Reglamentos. Así, esta figura jurídica —controvertida, no obstante— de la disposición administrativa interna destinada a concretar las normas permite disponer de un instrumento que, al igual que el Reglamento, puede reclamar una eficacia jurídica externa derivada de la Ley, pero cuyos enunciados normativos, a diferencia de los del Reglamento, pueden ser cuestionados por los terceros afectados, y que por ello resulta apropiada como técnica de desarrollo normativo sobre todo en etapas de experimentación (*vid.* 6/76).

De otro lado, precisamente en el Derecho ambiental está fuera de discusión el carácter irrenunciable de los *instrumentos de planificación*. La nueva concepción de la planificación en este ámbito no persigue tanto alcanzar una regulación jurídicamente vinculante lo más amplia posible. Antes bien, los planes directores en materia ambiental *(Umweltleitpläne)* han de servir principalmente para describir la realidad, analizarla y concordar entre sí los intereses ambientales. De esta manera, lo que aparece en primera línea es el carácter informador de la planificación ambiental. Los planes sirven, así, como base argumentativa en favor del medio ambiente en los procesos de ponderación de intereses en conflicto o como parámetro en las evaluaciones de impacto ambiental, desplazando la carga de la argumentación sobre quienes pretendan una utilización de los recursos naturales que se aparte de los mismos (*vid.* 6/78-81). Finalmente, en ese escalón intermeio de la normación también aparecen cada vez con mayor fuerza las formas de actuación de carácter cooperativo, que ponen de manifiesto la imbricación entre regulación pública y autorregulación de la sociedad[41].

[40] *Vid.*, al respecto, también, Di Fabio, *Risikoentscheidungen*, pp. 299 y 300.

* *N. del T.*: El § 48 de la Ley habilita al Gobierno Federal para dictar disposiciones administrativas internas de carácter general *(allgemeine Verwaltungsvorschriften)*, en ejecución de la Ley y de los Reglamentos dictados al amparo de la misma, en especial sobre determinadas materias (valores de inmisión y de emisión, métodos para calcular las emisiones e inmisiones, etc.), con audiencia de los círculos interesados y con la aprobación del *Bundesrat*; es decir, bajo las mismas condiciones con que habilita al Gobierno en el § 7 para dictar Reglamentos sobre otras cuestiones.

[41] Lamb, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, pp. 71 ss.

b) Control directo e indirecto de conductas

20. El Derecho ambiental viene a confirmar la relevancia de los instrumentos *regulatorios* (imperativos) y los hace evolucionar. Así ocurre con el propio instituto tradicional de la autorización administrativa. Esta autorización no sirve ya únicamente para comprobar la adecuación de los comportamientos privados al Derecho vigente, sino también para tomar decisiones sobre el reparto de recursos escasos. De ahí la posibilidad de limitar el número de autorizaciones, y que se flexibilice su carácter irrevocable [42]. Como resultado de todo ello, a la doctrina jurídico-administrativa le corresponde proponer nuevos tipos de controles preventivos de actividades e instalaciones en función de su potencial de peligro, que resuelvan los conflictos entre los distintos intereses privados constitucionalmente protegidos del titular del proyecto y los de los afectados por el mismo, y que hagan más efectiva la responsabilidad de los poderes públicos en relación con los riesgos de la técnica. Junto a ello, han alcanzado una importancia creciente los autocontroles internos de las empresas, tanto impuestos por la normativa como de carácter voluntario en los sistemas de ecoauditoría (*vid.* 6/111).

21. El Derecho ambiental ha permitido poner de relieve, además, el importante papel que desempeña la orientación *indirecta* de las conductas dentro de la sistemática del Derecho administrativo. Los tributos y las subvenciones pueden constituir equivalentes funcionales de los instrumentos regulatorios clásicos. A ellos se han sumado otros mecanismos de dirección de conductas por medio de la información. Las advertencias y recomendaciones, la educación y la publicación de informes en materia ambiental se han convertido en formas de actuación administrativa importantes [43]. La transformación del Derecho ambiental en un ambicioso Derecho de la información, impulsada sobre todo por el Derecho comunitario (*vid.* 1/54), caracteriza una tendencia evolutiva general del Derecho administrativo, que, en consecuencia, ya no puede ocuparse sólo de las distintas formas de actuación individualmente consideradas, sino también de la *elección del instrumento de intervención*.

c) La organización como técnica directiva

22. Finalmente, el Derecho ambiental proporciona buenos ejemplos de la importancia que tienen las regulaciones de carácter orga-

[42] Cfr. Wahl, Hermes y Sach, en Wahl, *Prävention und Vorsorge*, pp. 217 ss.

[43] *Vid.*, al respecto, los §§ 103 a 109 del Proyecto de Código Ambiental-Parte General *(UGB-AT)*, y la exposición de motivos correspondiente, pp. 394 ss.

nizativo: la especialización funcional de ciertos órganos administrativos y la creación de comisionados especiales *(Sonderbeauftragten)* brinda la posibilidad de intensificar la defensa de ciertos intereses, aunque no resulta fácilmente compatible con el postulado de la "unidad de la Administración" (*vid.* 5/32-56). El asesoramiento por parte de expertos resulta imprescindible, precisamente, en materias complejas de carácter científico o técnico, pero debe venir rodeado de ciertas garantías de tipo organizativo para evitar que se impongan puntos de vista unilaterales, y plantea por ello un reto especial para las doctrinas que se ocupan de la legitimidad democrática en el Derecho administrativo. Más allá de la esfera pública, también el Derecho de la organización de las empresas privadas se ha revelado como un buen punto de apoyo de la política ambiental. Un ejemplo lo constituyen los facultativos o comités en materia ambiental de las empresas *. El Derecho de las organizaciones privadas se utiliza, en este caso, para abrir a los intereses ambientales un canal de expresión propio dentro de las estructuras de decisión internas de la empresa. El Derecho público y el Derecho privado cuentan con técnicas de dirección y control comunes, pero también con singularidades propias de cada uno. Se muestran (en expresión de Wolfgang Hoffmann-Riem) como "ordenamientos de acogida o refugio" recíprocamente útiles (*vid.* 6/28-30).

B. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL

23. Junto al Derecho ambiental, el Derecho social se ha de considerar hoy en día como un destacado sector de referencia para la Parte general del Derecho administrativo. El Derecho social tiene como misión evitar, paliar o eliminar «las carencias materiales de los individuos y las necesidades provocadas por ellas» [44]. Tampoco el Derecho social es un sector del ordenamiento jurídico cerrado con unas fronteras externas bien definidas [45]. En un sentido amplio, cabe incluir dentro del mismo, por ejemplo, el Derecho laboral y la legislación de arrendamientos, así como el régimen de las viviendas de protección

* *N. del T.:* En el Derecho alemán, las leyes de prevención y control de las distintas formas de contaminación (por ejemplo, la de protección del ambiente atmosférico, §§ 53 y ss. *BImSchG)* exigen a las empresas sujetas a dichos controles la designación de uno o varios facultativos, que pueden ser personal propio o externo, con funciones de asesoramiento de la empresa y sus empleados en las materias relativas a dicha prevención y control, y que, caso de ser varios, han de formar un comité. Ésta es la figura de los *Betriebsbeauftragten für den Umweltschutz* a que se alude en el texto.

[44] En este sentido, Pitschas, en Schmidt-Assmann y Hoffmann-Riem, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 151 (164); *vid.* también Wolff y Bachof, *Verwaltungsrecht III*, § 139, núm. marg. 2; Rüfner, en *HStR*, vol. 3, § 80, núms. margs. 75 y ss.

[45] Cfr. Zacher, en Kübler, *Verrechtlichung*, p. 11 (14 y 15), y Ruland, en Schmidt-Assmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, capítulo 7, núms. margs. 1 y ss.

oficial [46]. No obstante, en el seno de ese Derecho social de contornos difusos cabe identificar con claridad una zona nuclear constituida por el Derecho administrativo social *. En relación con este Derecho social en sentido estricto, el § 1.1 del Libro Primero del Código Social (*SGB* I **) señala que debe contribuir a garantizar una existencia acorde con la dignidad de la persona, crear unas condiciones igualitarias para el libre desarrollo de la personalidad, proteger y ayudar a la familia, posibilitar la obtención de una remuneración suficiente a través de una actividad libremente elegida, y eliminar o compensar ciertas cargas especiales de la vida, valiéndose para ello también de la ayuda para la autoayuda. Una de las características del Derecho administrativo social es la elevada "intensidad personal" de muchas de sus relaciones jurídicas.

I. Principios del Derecho social

24. El Derecho administrativo social se basa también en una serie de principios que reflejan las convicciones ético-sociales esenciales de la comunidad [47]. Desde un punto de vista normativo, tales principios están relacionados con los derechos fundamentales y con el fin social del Estado ***. Su relevancia reside también en que determinan la conciencia que de su labor tienen los propios interesados.

1. *La propia responsabilidad y la solidaridad*

25. El objetivo fundamental de la Administración social es garantizar el pleno desarrollo del individuo a través de la solidaridad. De esta forma, el que el individuo sea responsable por sí mismo (autonomía o propia responsabilidad) constituye la idea característica de esta rama de la Administración. Dicha noción da lugar, a su vez, a las de autoayuda y autoorganización. La idea de solidaridad se encuentra con estas nociones en una relación de complementariedad: «El carácter solidario de las prestaciones sociales implica que la realización de una prestación no puede contemplarse únicamente como una relación jurídica entre la entidad prestadora y el ciudadano, sino que ha de tenerse en cuenta su ulterior inserción dentro de un sistema general de compensación solidaria» [48]. Los poderes públicos se han de limitar a la creación y activación permanente de los circuitos de prestaciones y medios a través de los que se hace efectiva la solidaridad, es decir, a la organización de transferencias sociales [49]. De todas formas, el Derecho de la Administración social, al igual que su referente constitucional, el Estado social, sólo puede ser entendido de un modo dialéctico [50]. Ello exige una interpretación flexible del sistema de pensamiento sobre la solidaridad para hacer frente a las nuevas situaciones y desafíos. En relación con las circunstancias de la actualidad, Rainer PITSCHAS ha afirmado que [51] «el modelo de solidaridad consistente en la garantía universal por parte del Estado de las prestaciones, la igualdad de acceso a las mismas y la redistribución social, que ha caracterizado la organización de la Administración social, podría pertenecer al pasado».

2. *Cooperación y subsidiariedad*

26. La propia responsabilidad y la solidaridad se articulan y desarrollan a través del principio de cooperación. El Derecho administrativo social se presenta como el ordenamiento jurídico de la cooperación solidaria [52]. A este respecto cabe distinguir, al menos, tres manifestaciones o esferas en los que expresa su influencia dicha cooperación. En primer lugar, hay cooperación cuando las prestaciones no son llevadas a cabo por la propia Administración, sino por terceros que actúan como intermediarios, como ocurre en la mayor parte de los casos de prestaciones sociales que consisten en servicios y aportaciones no dinerarias, como, por ejemplo, en el seguro de enfermedad. En segundo lugar, la idea de cooperación preside también, de modo similar, la relación que existe entre la esfera de responsabilidad pública y la actividad que desarrollan las entidades de voluntariado social. Finalmente, la cooperación se halla también presente en la relación individual con los destinatarios de las prestaciones sociales, pues incluso en aquellos casos en los que, a primera vista, parecen dominar las

---

[46] *Vid.*, al respecto, la clasificación que efectúan VON MAYDELL y KANNENGIESSER, *HdbSp*, en especial, pp. 202 ss.

* *N. del T.*: En España está menos extendida la expresión Derecho administrativo social, que incluiría el Derecho de la Seguridad Social y los servicios sociales. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, el Derecho de la Seguridad Social, aunque indudablemente puede considerarse Derecho administrativo, entre nosotros es objeto de estudio preferente por el Derecho del trabajo, lo que tiene su reflejo a nivel académico. En cambio, los servicios sociales sí que están despertando una creciente atención en nuestro Derecho administrativo, al hilo de las recientes legislaciones autonómicas en la materia.

** *N. del T.*: En Alemania, el Derecho administrativo social se encuentra parcialmente codificado en el llamado Código Social, del que se han aprobado hasta el momento nueve libros. El Libro Primero *(SGB I)*, de 11 de diciembre de 1975, lleva por título "Parte General".

[47] *Vid.*, al respecto, SCHULIN, en VON MAYDELL y KANNENGIESSER, *HdbSp*, pp. 85 ss.

*** *N. del T.*: El autor se refiere al art. 20.1 GG, en el que se recoge como forma de Estado de la República Federal Alemana el Estado social.

[48] SIMONS, *Verfahren im Sozialrecht*, p. 76.

[49] SIMONS, *Verfahren im Sozialrecht*, p. 72.

[50] Sobre esta dialéctica, *vid.* ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núm. marg. 26.

[51] PITSCHAS, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganizationsrecht*, p. 151 (167).

[52] Cfr. SIMONS, *Verfahren im Sozialrecht*, p. 76; en parecido sentido, DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 150 ss., y PITSCHAS, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganizationsrecht*, p. 151 (169 ss.).

formas de decisión unilaterales e imperativas, un examen más detenido permite descubrir muy variadas posibilidades de participación de los particulares [53]. En efecto, dado que la Administración social ha de respetar la autonomía y la propia responsabilidad del individuo, lo primero que tiene que hacer es ayudarle a expresar sus intereses y, de esta forma, a desarrollar una fuerte conciencia de sí mismo. Esta tarea de la Administración, fundamental en todas las relaciones jurídicas materialmente determinadas por la Constitución, se ha de llevar a cabo con especial cuidado en este caso, puesto que la Administración social se relaciona con jóvenes, mayores u otro tipo de personas necesitadas, que se encuentran en situaciones en las que resulta especialmente difícil activar los mecanismos de autoayuda. La capacidad de salir adelante por los propios medios no se recupera con reglas administrativas estrictas, sino mediante la enseñanza y la búsqueda en común de soluciones acordes con las circunstancias. Eckart PANKOKE caracteriza la función especial que asume por ello hoy en día la Administración —en contraste con la de la Administración clásica de prestación y policía— en los siguientes términos [54]: «por consiguiente, el criterio social hace referencia no sólo al ámbito material de la actividad administrativa, sino también al modo de relacionarse con el entorno social». Y añade: «Aquello que los criterios de racionalidad burocrática han de excluir por informal y disfuncional, cobra ahora importancia: la dinámica social de negociaciones y acuerdos, discusiones y compromisos, respeto e influencia».

27. La dialéctica del principio del Estado social se materializa, desde la perspectiva organizativa-instrumental, a través de la idea de la *subsidiariedad*. La intervención del Estado social sólo ha de producirse cuando la autorregulación de la sociedad no satisface las exigencias de la justicia social [55]. La subsidiariedad se encuentra suficientemente garantizada mediante la protección constitucional, en sede de derechos fundamentales, de la esfera de actuación del individuo, y la salvaguarda de la esfera competencial de las instituciones no públicas que operan en el ámbito de lo social. Las distintas Leyes administrativas del ramo se han encargado de desarrollarla [56]. La subsidiariedad no pone en cuestión la responsabilidad de los poderes públicos sobre los asuntos sociales, pero sí reparte dicha responsabilidad y la convierte en un sistema en el que, dentro de un marco general de responsabilidad pública, se equilibran las esferas de autoorganización con actuaciones propias de los poderes públicos de distinta intensidad.

[53] *Vid.*, al respecto, detalladamente, SIMONS, *Verfahren im Sozialrecht*, pp. 107 ss.

[54] *DV*, 1988, p. 429 (429).

[55] ISENSEE, en *HStR*, vol. 3, § 57, núm. marg. 167.

[56] Cfr., por ejemplo, los §§ 73 y ss. de la Ley de Atención a la Infancia y a la Juventud *(KJHG)*, y los §§ 10 y 93 de la Ley Federal de Asistencia Social *(BSHG)*.

II. Funciones y modalidades de actuación administrativa en el ámbito de lo social *

28. Las funciones de la Administración social reciben habitualmente las siguientes denominaciones: asistencia social o servicios sociales, seguridad social y ayudas a las víctimas (de la guerra, delitos, etc.) [57] **. Esta clasificación responde a la formación histórica de las prestaciones sociales. Sin embargo, en el contexto de la presente investigación, en la que se trata de examinar la estructura de las funciones de la Administración y la concepción del Derecho administrativo que se desprende de ella, reviste mayor interés otra tipología: la distinción entre garantía de niveles de renta, la atención social y la Administración social por mediación de terceros. De todos modos, estos conceptos no agotan las parcelas de la actividad administrativa que se producen en el campo de lo social. Tan sólo se pretende destacar tres manifestaciones características de la misma y llamar la atención sobre distintos tipos de relación entre el individuo y la Administración social [58].

1. *Garantía de niveles de renta*

29. Bajo la denominación de garantía social de ingresos o niveles de renta cabe encuadrar todos aquellos supuestos en los que se llevan a cabo prestaciones pecuniarias, normalmente siguiendo un programa de actuación legalmente establecido. Este tipo de prestaciones es el que predomina en el ámbito de la Seguridad Social y de las ayudas a las víctimas. La injerencia sobre el individuo es menor que en la atención social de la que trataremos después, por el carácter meramente económico de la intervención [59]. Es cierto que, para obtener las prestaciones, el solicitante puede verse obligado a declarar ante la Administración algunas circunstancias vitales de carácter personal,

* *N. del T.:* Los §§ 73 y ss. de la Ley de Atención a la Infancia y la Juventud *(Kinder und Jugendhilfegesetz- KJHG)*, que constituye el Libro VIII del Código Social, regulan el voluntariado social en estos ámbitos. También los §§ 10 y 93 de la Ley Federal de Asistencia Social *(Bundessozialhilfegesetz- BSHG)*, todavía no integrada en el Código Social.

[57] RULAND, en SCHMIDT-ASSMANN, *Besonderes Verwaltungsrecht*, capítulo 7, núms. margs. 14 y ss.; WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht III*, § 139, núms. margs. 9 y ss.

** *N. del T.:* Traducimos así, como asistencia social o servicios sociales (antigua beneficencia), seguridad social (o seguros sociales) y ayudas a las víctimas, las expresiones *Fürsorge*, *Sozialversicherung* y *Versorgung*, de acuerdo con los contenidos que les asigna la doctrina alemana (*vid.* RULAND, *op. cit.*). Las tres son materias donde cabe la legislación concurrente de la Federación, de acuerdo con el art. 74.1 (núms. 7, 12 y 10, respectivamente) GG.

[58] *Vid.* también la distinción igualmente de orden funcional entre garantía de ingresos y prestaciones no dinerarias o de servicios que efectúa SIMONS, *Verfahren im Sozialrecht*, pp. 136 ss. y *passim*.

[59] Sobre el respeto de la libertad del individuo al optar por intervenciones puramente económicas, *vid.* ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núms. margs. 68 y 69.

pero, para conjurar los riesgos que se derivan de ello, basta con establecer unas normas de procedimiento que refuercen puntualmente las garantías propias de la legislación general de procedimiento administrativo, manteniendo por lo demás su misma estructura [60], a la que subyace el clásico principio inherente al Estado de Derecho respecto de la forma a través de la cual se han de adoptar las decisiones o resoluciones. La propia actividad administrativa desplegada en estos supuestos cabe encuadrarla más bien en la categoría de las actuaciones de carácter burocrático-administrativo. El acto administrativo sigue teniendo aquí uno de sus grandes campos de actuación como instrumento del tráfico jurídico-administrativo en masa (*vid.* 6/46-50). Se trata de una decisión unilateral, sin que ello suponga, no obstante, excluir por completo la participación del beneficiario en la configuración de la relación de prestación, mediante la recepción de asesoramiento y la formulación de la solicitud.

2. *Atención social*

30. Por atención social entendemos aquellos supuestos en los que la Administración pública lleva a cabo por sí misma prestaciones de carácter personal, normalmente en una relación duradera con el beneficiario de la prestación. Las fronteras con otras formas de actuación pueden ser flexibles, como se pone de manifiesto en las medidas de asistencia social o servicios sociales *, tan pronto consistentes en entregas de dinero como en una atención personal. De todas formas, la atención social, así delimitada, bien se puede considerar como un tipo característico de la actividad de la Administración en este ámbito. Se trata de supuestos en los que la «intensidad de la dimensión personal» de la actuación administrativa, a que antes se hizo referencia, resulta especialmente elevada [61]. Una imagen esclarecedora de la amplitud de las tareas de atención social que asume la Administración pública la proporciona la legislación de atención a la infancia y a la juventud. Junto a tareas de asesoramiento intensivo y continuado, aparecen también otras de guarda, alimentación, educación y atención médica. No obstante, las labores de atención social no sólo tienen como destinatario las personas jóvenes, sino que también se manifiestan como ayuda a

[60] Simons, *Verfahren im Sozialrecht*, pp. 227 ss. y 351 ss.; *vid.*, también, Ruland, en Schmidt-Assmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, capítulo 7, núms. margs. 203 y ss.

* *N. del T.*: La asistencia social *(Sozialhilfe)*, regulada por una Ley Federal *(Bundessozialhilfegesetz- BSHG)*, contempla las prestaciones, económicas o no, destinadas a asegurar un mímino de protección social a las personas sin ingresos o en situaciones especiales (discapacidad, enfermedad, etc.). Vendría a corresponderse, entre nosotros, con las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y con buena parte de las prestaciones propias de los sistemas de servicios sociales.

[61] En este sentido, Krause, *Actas del 52 Congreso de Juristas Alemanes —52. DJT— (1978)*, vol. 1, E 11, respecto de las relaciones de atención y cuidado en general.

los ancianos, enfermos, discapacitados (rehabilitación) y drogadictos. Todo apunta en el sentido de que este tipo de actividad va a experimentar en el futuro una notable expansión, porque las causas de la demanda de prestaciones sociales de este género se encuentran en lo que la sociología acertadamente describe como individualización forzada, en los rápidos cambios de roles sociales y en el debilitamiento de los sólidos vínculos y modelos de comportamiento establecidos [62]. Numerosas instituciones sociales, basadas en determinados modelos de conducta, se muestran cada vez más incapaces de ofrecer la estabilidad y seguridad que se exigía de ellas, lo que incrementa la necesidad de orientación, ilustración sobre el sentido de la vida, formación permanente y ayuda para la adaptación a las nuevas circunstancias por instancias externas. De forma aún más clara que en sus ámbitos clásicos, se pone de manifiesto en estos casos la relación ambivalente del Derecho social con la libertad. La garantía por parte de los poderes públicos del libre desarrollo del individuo crea nuevas dependencias, nuevos problemas de igualdad y tiñe la esfera de actuación personal con la lógica de los poderes públicos, sobre todo con la burocratización, la profesionalización o la especialización.

3. *La mediación de terceros en las prestaciones sociales*

31. En cierto sentido, las prestaciones sociales realizadas por medio de terceros se sitúan entre los dos tipos ya apuntados de Administración social. Dentro de ellas cabe distinguir dos subgrupos según la clase e intensidad de la responsabilidad que asumen los poderes públicos. La razón de ser de dicha mediación puede residir, en primer lugar, en la existencia de una *responsabilidad* originaria de los poderes públicos *de dispensar tales prestaciones*. Un ejemplo característico de esto lo constituye el seguro de enfermedad. La intermediación de terceros neutraliza el elemento personal de la relación prestacional. Así ocurre, sobre todo, en aquellos casos en que el beneficiario de la prestación puede elegir libremente la entidad prestadora. La función de la Administración pública se limita entonces a sufragar los gastos, sin llegar a asumir la delicada posición del que ha de dispensar realmente por sí mismo la prestación material. La mediación de terceros crea, así, una distancia, dentro del Estado social, entre la Administración y los ciudadanos, y permite por regla general la cooperación a la hora de configurar el modo de llevar a cabo las prestaciones [63]. Pero de ello también surgen nuevos problemas a los que tiene que hacer frente el Derecho administrativo. El entramado de relaciones entre los interesados se ha de organizar dentro de una estructura de relaciones jurí-

[62] Beck, *Risikogesellschaft*, pp. 205 ss.

[63] *Vid.*, al respecto, con todo detalle, Simons, *Verfahren im Sozialrecht*, pp. 527 ss.

dicas de carácter multilateral (*vid.* 3/84-85), en la cual la Administración, por el deber que le asiste de ofrecer la prestación, no sólo asume una responsabilidad financiera, sino también la de garantizar la disponibilidad de los servicios en cantidad suficiente y con la necesaria calidad.

32. Otra clase de mediación de terceros se da en aquellos casos en los que el quehacer mismo (la prestación) no entra dentro de la esfera de responsabilidades de una Administración pública, sino que es desempeñado por la sociedad, bien de forma compartida, o bien, según las circunstancias, de modo preferente. A este respecto, hay que tener en cuenta que el reparto de funciones entre el Estado y la sociedad no se halla establecido normativamente en todos los campos sociales, sino que en ocasiones viene determinado por la tradición. Pero incluso en aquellos casos en que se adviertan nuevas necesidades y se vuelvan acuciantes nuevas tareas, un recto entendimiento del principio de subsidiariedad hará que la Administración pública se abstenga de reclamar inmediatamente para sí la entera responsabilidad de su satisfacción. La principal responsabilidad que asume la Administración en estos casos es la de suministrar información [64] *, ilustrar a los necesitados sobre las posibilidades de ayuda existentes y facilitar contactos con instituciones de autoayuda o de otro tipo [65]. Además, puede haber ayudas a la constitución de instituciones privadas y para la colaboración entre ellas. Aquí se perfila un nuevo tipo de actividad administrativa de mediación (*vid.* 3/86-87).

III. Estructuras de intereses e instrumentos de política social

33. Los principios de solidaridad y cooperación generan una gran variedad de situaciones en las que se produce un entrecruzamiento de intereses. La simple contraposición entre un interés público y otro privado, que puede caracterizar la relación jurídica bilateral sencilla de otorgamiento de prestaciones pecuniarias, y que ha servido de modelo para el procedimiento administrativo tradicional regulado en el Libro X del Código Social **, no resulta suficiente, pues los propios intereses privados presentes en el ámbito de lo social son ya de por

[64] Cfr. los deberes de información fundamentales de las entidades prestadoras recogidos en los §§ 13 a 15 del Libro I del Código Social *(SGB I)*.

* *N. del T.*: Estos §§ imponen a las entidades prestadoras la obligación de proporcionar información individualizada y al público en general sobre los derechos y deberes recogidos en el Código Social; y a las autoridades competentes de los *Länder*, la de crear oficinas de información.

[65] Bibliografía al respecto en DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, p. 153, nota a pie de página 114.

** *N. del T.*: El Libro X del Código Social lleva por título «Procedimiento administrativo social y protección de datos».

sí intereses entrelazados, divergentes y a menudo difusos. En este sector se enfrentan los intereses del beneficiario y de la entidad colaboradora privada que realiza la prestación. También cabe advertir con frecuencia intereses divergentes en función de los distintos roles sociales, de modo que el particular defiende ideas diferentes acerca de la política social, partidarias de un mayor o menor gasto público, según sea beneficiario de las prestaciones o cotizante, o cuando pertenece primero a la generación de los jóvenes y después a la de los mayores. En otro orden de cosas, resulta llamativo el contraste entre el alto grado de articulación asociativa de intereses existente en este ámbito y la muchas veces escasa formación de las personas necesitadas para ser conscientes de sus propios intereses y expresarlos con suficiente claridad. Los intereses públicos y privados se solapan entre sí en buena medida. Los primeros son defendidos no sólo por la Administración social y por las entidades prestadoras con personalidad de Derecho público, sino también por las que desarrollan actividades de voluntariado y por otras instituciones sociales. La coordinación se confía frecuentemente a instancias de composición mixta. Mientras que, en el plano ejecutivo, la relación jurídica individual presenta un alto grado de regulación, en el nivel directivo intermedio existe una amplia libertad de pacto para llegar a una composición de los distintos intereses en presencia.

34. Tan variadas como las estructuras de intereses son los instrumentos de dirección y control y las formas de actuación y organización administrativa [66]. El Derecho administrativo social es uno de esos sectores en los que la *relación jurídica administrativa* posee una gran tradición como modelo de regulación. Mediante ella se ordena la relación entre la entidad prestadora y el beneficiario, y es una forma de articulación jurídica imprescindible cuando se trata de prestaciones llevadas a cabo por medio de entidades colaboradoras. En este sentido, las relaciones jurídicas multilaterales constituyen el marco que permite desarrollar y asignar diferenciadamente los deberes y efectos en favor de terceros. Por tratarse de una relación jurídica duradera puede adaptarse a las necesidades especiales de protección resultantes de los cambios a lo largo del tiempo en las relaciones sociales.

35. En el tratamiento de las situaciones complejas predominan, en cambio, las formas contractuales (*vid.* 6/56-64). Ciertamente, para resolver los supuestos típicos cabe recurrir a la técnica del acto administrativo, pero incluso en tal caso no se trata en el fondo necesariamente de un acto jurídico unilateral, sino, con frecuencia, del punto final de un proceso de negociación y acuerdo (*vid.* 6/48). De todos modos, la actividad decisoria de las autoridades públicas no es sino

[66] En relación con estas cuestiones, cfr. PITSCHAS, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganizationsrecht*, p. 151 (191 ss.). Sobre el engranaje de los ámbitos de responsabilidad, *vid.* también TRUTE, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, p. 167 (197 ss.).

una de las partes del asunto, pues hay que tener en cuenta, además, los procedimientos para llevar a cabo materialmente las prestaciones. Por otro lado, la técnica de la planificación se hace presente en los planes de evaluación de necesidades e infraestructuras, sobre todo para la prestación de servicios sociales en colaboración con entidades de voluntariado. La necesidad de tomar decisiones a un nivel directivo intermedio se intenta solventar mediante fórmulas organizativas de cooperación entre el Estado, Corporaciones de Derecho público y asociaciones, que en este caso están configuradas de manera particularmente clara como *sistemas de negociación*.

C. EL DERECHO DE LA CIENCIA *

36. «Las sociedades modernas se han vuelto hasta tal punto dependientes de la ciencia y de la técnica, que cualquier cambio en los sistemas científicos y técnicos afecta directamente a sus fundamentos» [67]. El fomento de la ciencia, la regulación básica de su organización y el auxilio para que obtenga la aceptación necesaria forman parte, en consecuencia, de las tareas centrales de los poderes públicos. Ello basta para justificar que nos preguntemos por la relevancia del Derecho de la ciencia como sector de referencia para la Parte general del Derecho administrativo [68].

I. La cooperación como principio estructural

37. El sistema científico se caracteriza por una especial autonomía, que, según la opinión tradicional, se encuentra normativamente garantizada en el art. 5.3 GG como rasgo jurídico específico de la ciencia **. La aspiración de los poderes públicos de imponer regulaciones de corte limitador e imperativo ha tropezado siempre aquí, rápidamente, con límites y posiciones contrarias y, por eso, ha alcanzado en el fondo una escasa implantación. Así pues, el Estado, para llevar a cabo una política en este ámbito, tuvo que valerse de otros instrumentos, como así ha hecho en efecto. De esta forma, han aparecido técnicas de colaboración que pueden servir de modelo en otros

* *N. del T.:* Entre nosotros tampoco resulta habitual hablar de un Derecho de la ciencia, ni siquiera de un Derecho de la investigación científica, aunque sí del Derecho universitario.

[67] Mittelstraß, *Leonardo-Welt*, p. 106; cfr., también, Braun, *Politische Steuerung*, pp. 17 ss.

[68] Sobre las cuestiones siguientes, *vid.* Trute, *DV*, 1994, pp. 301 ss.; Meusel, *Außeruniversitäre Forschung*, en especial, los núms. margs. 196 y ss.; y Schmidt-Assmann, en *FS für Meusel*, p. 217 ss.

** *N. del T.:* El art. 5.3 GG dispone: «El arte y la ciencia, la investigación y la docencia son libres. La libertad de cátedra no exime del respeto a la Constitución». El precepto transcrito no contiene ninguna autorización de regulación legal, de ahí que se considere que la ciencia se autorregula.

sectores. La "actuación" conjunta prevalece aquí sobre la "dirección y control" unilateral por parte de los poderes públicos. Dado que la Parte general del Derecho administrativo debe recoger un catálogo lo más completo posible de posibilidades de actuación, el Derecho de la ciencia resulta importante, precisamente porque las prácticas aquí presentes se han formado desde el principio partiendo de una concepción distinta, que —como acertadamente ha observado Hans-Heinrich Trute— se sitúa «en cierto modo al margen del desarrollo de la Parte general del Derecho administrativo».

38. La estrecha vinculación de este sector del ordenamiento jurídico con la libertad de producción científica del art. 5.3 GG [69] y su desarrollo «en el marco del Derecho público» [70] han hecho que sus principios sobresalgan de un modo particular. Entre ellos, el *principio de cooperación* ocupa un lugar destacado [71], porque refleja la naturaleza misma de la ciencia. La ciencia, la investigación y la docencia son procesos de conocimiento basados en la comunicación [72]: entre científicos y entre instituciones científicas, entre la comunidad científica y la sociedad, entre institutos de investigación nacionales e internacionales —pero también entre la comunidad científica y el *Estado*. Sin una información completa sobre el sistema científico y una cooperación ininterrumpida con la comunidad científica, no resulta posible para los poderes públicos fomentar la producción científica ni imponerle regulaciones limitativas (*vid.* 1/48). La cooperación se encuentra en la misma realidad que constituye el objeto del Derecho de la ciencia y por eso está predeterminada como principio de la regulación de este sector. A ello hay que añadir consideraciones relativas a la protección de los derechos fundamentales; pues si, en efecto, el art. 5.3 GG garantiza la libertad de producción científica, se ha de asegurar que en la toma de decisiones públicas relevantes para la ciencia se pueda tener en cuenta la concepción que de la misma tienen los propios titulares del derecho fundamental. De esta manera, el principio de cooperación sirve también, como fórmula cuidadosa de equilibrio, para preparar la adecuación de las regulaciones públicas a la comunidad y a los conocimientos científicos.

[69] *Vid.*, al respecto, Starck, en Von Mangoldt y Klein, *Grundgesetz*, art. 5, núms. margs. 221 y ss.; Oppermann, en *HStR*, vol. 6, § 145; Schulze-Fielitz, en *HdbVerfR*, § 27; Trute, *Forschung*, pp. 280 ss., y Classen, *Wissenschaftsfreiheit*, pp. 72 ss.

[70] Schmidt-Assmann, *JZ*, 1989, pp. 205 ss., y Schulze-Fielitz, en *HdbVerfR*, § 27, núm. marg. 11.

[71] Trute, *Forschung*, especialmente las pp. 312 ss.

[72] Zacher, *Forschung, Gesellschaft, Gemeinwesen*, pp. 2 y 3; *vid.*, también, Scholz, en Maunz y Dürig, *Grundgesetz*, art. 5 III, núm. marg. 10: la libertad de producción científica como "libertad de comunicación".

II. La variedad de aproximaciones normativas

39. Una visión de conjunto de la normativa universitaria y de la relativa a los centros de investigación no universitarios, que no se limite tan sólo a las disposiciones legales, sino que incluya también los contratos y convenios administrativos, permite apreciar los muy diferentes enfoques normativos que se congregan en el Derecho de la ciencia. Las conclusiones a las que ha llegado, en un plano teórico, el debate sobre las técnicas de dirección y control social, caracterizan desde hace mucho tiempo la práctica en este sector: una combinación de normas de procedimiento, organización, financieras y presupuestarias, de Derecho público y privado.

1. *Normas de organización*

40. De entre todos estos enfoques predominan los de carácter organizativo. Las técnicas organizativas son tan representativas del Derecho de la ciencia como las formas jurídicas de actuación lo son de otros sectores de la Parte especial y de la propia Parte general del Derecho administrativo. Las formas jurídicas de organización utilizadas en el campo de la ciencia presentan una gran variedad, por lo que resulta evidente lo lastrado que está el Derecho tradicional de la organización administrativa por el modelo de una Administración ejecutiva de carácter burocrático, lo que hace que no tenga en cuenta importantes sectores de la Parte especial del Derecho administrativo (*vid.* 5/3-6). Prácticamente todo el catálogo de formas posibles de organización, públicas y privadas, hace su aparición en el ámbito de la ciencia: Corporaciones de Derecho público y organismos públicos, al igual que fundaciones y sociedades mercantiles; unidades dotadas o no de personalidad jurídica, grupos de trabajo y asociaciones dominan la escena. El Derecho privado ha mostrado una particular capacidad de adaptación para articular jurídicamente la colaboración pública en las actividades de investigación promovidas por la sociedad, en la medida en que permite la creación conjunta de centros de investigación y la participación recíproca en las formas societarias de iniciativa pública o privada. En cambio, resulta llamativa la escasa relevancia de las organizaciones públicas de tipo jerárquico. Esta forma de organización cabe encontrarla, ante todo, cuando se trata de desarrollar una actividad pública de control e intervención; pero, fuera de estos casos, se confirma que la ciencia y la Administración del ramo no se pueden gestionar con los clásicos resortes de la jerarquía administrativa, sino que han de servirse de la cooperación y del principio de colegialidad. «La organización se convierte así en un mecanismo que sirve de puente entre la responsabilidad estatal y la libertad como derecho fundamental, y no en un instrumento para llevar a la práctica por el Poder Ejecutivo determinados programas materiales de actuación» [73]. Estas reflexiones resultan válidas para el Derecho universitario, en cuanto constituye el ámbito clásico del Derecho de la ciencia; y, con mayor motivo, para los centros de investigación no universitarios y para los órganos superiores mediante los que se asegura la conexión con la política de la comunidad científica y la Administración del ramo.

2. *Control financiero*

41. La financiación constituye el segundo enfoque relevante presente en la regulación del sector de la ciencia, sobre el cual tiene, sin embargo, a diferencia de las técnicas organizativas, unas repercusiones muy inmediatas. Por esta razón, se han de establecer, precisamente aquí, mecanismos especiales para evitar que la dependencia financiera de las instituciones científicas se convierta en su "talón de Aquiles" [74]. Esta tarea se lleva a cabo en el ámbito del Derecho de la ciencia mediante un *sistema de cooperación* (entre la Federación y los *Länder*) doble, que viene a integrar las técnicas, en otros casos habitualmente separadas, del Derecho presupuestario y las subvenciones. La primera pieza del sistema, de acuerdo con las previsiones del art. 91a GG, es el fomento de la creación de Universidades, que ha recibido un marco formal y unitario con la aprobación de la Ley correspondiente *. La segunda tiene su fundamento en el acuerdo marco entre la Federación y los *Länder* sobre promoción conjunta de la investigación científica, adoptado de conformidad con el art. 91b GG [75] **. El aparato organizativo superior, común para ambos componentes del sistema, está integrado por el Consejo de la Ciencia y la Comisión Federación-*Länder* sobre planes de estudio y fomento de la investi-

---

[73] Trute, *DV*, 1994, p. 301 (309); con mayor detalle, del mismo autor, *Forschung*, pp. 328 ss.; desde la perspectiva de la ciencia política y comparando la situación de los distintos *Länder*, Braun, *Politische Steuerung*, pp. 183 ss., en especial, pp. 209 ss.

[74] *Vid.*, al respecto, Trute, *Forschung*, pp. 412 ss. y 427 ss.

* *N. del T.:* El art. 91a GG, introducido por la reforma constitucional de 12 de mayo de 1969, incluye la construcción y ampliación de Universidades entre las tareas a desarrollar conjuntamente por la Federación y los *Länder*, remitiendo su concreción a una Ley federal, con aprobación del *Bundesrat*. La Ley de Fomento de la Creación de Universidades, a que se hace referencia en el texto, data de 1 de septiembre de 1969 (*BGBl* I, p. 1556), modificada luego en varias ocasiones.

[75] De 28 de noviembre de 1975 (*Bundesanzeiger* 1975, núm. 240, p. 4), modificado por última vez el 8 de noviembre de 1995.

** *N. del T.:* El art. 91b GG, introducido también por la reforma constitucional de 12 de mayo de 1969, se refiere a las tareas conjuntas de la Federación y los *Länder* a desarrollar en virtud de convenios, sin necesidad de desarrollo legal (a diferencia de las previstas en el art. 91a GG), entre las que incluye el fomento de la investigación científica.

gación científica [76] *. El fundamento de este sistema de cooperación es el equilibrio de intereses dentro del Estado federal, razón por la cual la Federación y los *Länder* son sus actores principales [77]. No obstante, la propia comunidad científica cuenta con representación a todo lo largo y ancho del sistema y con capacidad para articular sus intereses. Ello tiene lugar de forma directa en el Consejo de la Ciencia, e indirectamente también a través de la participación de los institutos de investigación y de fomento de la investigación en la elaboración de los programas estatales de apoyo a proyectos concretos de investigación [78]. Los instrumentos de financiación y organizativos se combinan, en este caso, de un modo tal que subraya la importancia del "nivel intermedio" de dirección como lugar de desarrollo de las ideas de cooperación. La forma típica de organización son las instituciones intermedias (*vid.* 5/54-57). En la ejecución de los programas de financiación, junto a los actos administrativos de otorgamiento de subvenciones, desempeñan un papel importante los convenios. La comunidad científica participa en dicha ejecución a través de Comisiones o de la emisión de informes en el proceso de toma de decisiones [79].

3. *Regulación legal, ejecución administrativa y controles*

42. El Derecho de la ciencia también conoce, por supuesto, la regulación material de conductas por medio de leyes. La Ley es necesaria para establecer los límites externos de la investigación científica. Las reglas para resolver los conflictos que pueden producirse, por ejemplo, entre la protección de la salud, de los datos personales, de los animales o del medio ambiente, y los avances científicos, han de ser adoptadas por la Ley. No obstante, tales normas no pueden llegar a regular los propios fines, contenidos y métodos de la investigación científica. Las regulaciones legales se aplican habitualmente a través de las formas clásicas de ejecución administrativa: autorizaciones y órdenes, combinadas, según los casos, con normas de procedimiento especiales dirigidas a la protección de los derechos fundamentales.

La limitada importancia que presentan en este campo las formas de ejecución jerárquica de las leyes hace necesaria la aparición de *controles* adicionales [80]. También aquí se pone de manifiesto la relevancia

[76] Cfr. RÖHL, *Wissenschaftsrat*, en especial, las pp. 33 ss.

* *N. del T.*: El Consejo de la Ciencia *(Wissenschaftsrat)* tendría su equivalente en nuestro Consejo de Universidades de la LRU, y hoy en el Consejo de Coordinación Universitaria creado por la nueva Ley de Universidades (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre); mientras la referida Comisión *Bund-Länder* equivaldría a nuestras Conferencias Sectoriales Estado-Comunidades Autónomas.

[77] RÖHL, *Wissenschaftsrat*, pp. 188 ss.

[78] TRUTE, *Forschung*, pp. 585 ss.

[79] BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 339 ss.

[80] TRUTE, *Forschung*, pp. 464 ss.

de los controles financieros (*vid.* 4/82-87). Pero estos controles no son suficientes, sino que se han de completar con procedimientos de control que tengan por objeto la calidad de la investigación, que sólo puede organizar la propia comunidad científica. La tendencia hacia un mayor autocontrol, que también es reconocible en otros ámbitos, encuentra aquí un paralelo en las reflexiones sobre la *evaluación* de la actividad investigadora como forma de control más adecuada a la propia idiosincrasia de la ciencia. Al mismo tiempo, el Derecho de la ciencia puede constituir un ámbito en el que quepa experimentar nuevas formas de control público, a través de *debates de expertos* y la presentación de memorias o informes, y hacerlas provechosas para otros campos de la política.

D. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES A MODO DE RESUMEN

43. El Derecho administrativo ambiental, el Derecho social administrativo y el Derecho de la ciencia presentan una gran complejidad en cuanto a sus estructuras de intereses, y una sorprendente variedad de técnicas normativas: *la idea de cooperación* tiene en estos tres sectores del ordenamiento jurídico una relevancia superior a la esperada. Dicha idea se refleja sobre todo en una distribución de las esferas de responsabilidad entre la Administración pública y las fuerzas sociales *mucho más matizada* de lo que cabría suponer según el modelo clásico de competencias administrativas. Pero también se manifiesta en un cambio en las estructuras de comunicación, que no se caracterizan tanto por el enfrentamiento de posiciones jurídicas, cuanto por el diálogo sobre distintas opciones de actuación [81].

Las ramas del Derecho examinadas no se limitan a regular una serie de supuestos de aplicación singular de las leyes, sino que cuentan también con instrumentos *de desarrollo mediato de las leyes*. Cabe mencionar a este respecto las técnicas de dirección mediante planes, normas, estructuras organizativas y acuerdos marco. Resulta llamativa, además, la variedad de *fórmulas organizativas* utilizadas. La organización administrativa jerárquica del Estado (Federación y *Länder*) se encuentra rodeada de un círculo de grupos de expertos y comisiones. Además hay que tener en cuenta la existencia de organismos autónomos y de Corporaciones de Derecho público locales y funcionales. Partiendo de estas últimas, el arco se extiende a las entidades de voluntariado y grupos de autoayuda, sobre cuya organización, dependiendo de las circunstancias, hay que convenir la existencia de una responsabilidad por parte de los poderes públicos, aunque, según la concepción tradicional, ya no formen parte de la Administración pública.

[81] HILL, *DÖV*, 1994, p. 279 (282 y 283).

Finalmente, cabe llamar la atención sobre el amplio catálogo de *formas de actuación* administrativa. La adopción de decisiones por parte de la Administración a través de reglamentos y actos administrativos sigue jugando un papel muy importante. Pero junto a ellos también han adquirido importancia las formas de actuación consensuada y la utilización de la información administrativa como medio para ejercer influencia. Uno de los grandes problemas continúa siendo el tratamiento jurídico de los *riesgos* derivados de la técnica y de la necesidad de adaptación a los rápidos cambios de las *situaciones* sociales. Los sectores del ordenamiento jurídico examinados no ofrecen al respecto todavía una construcción jurídica acabada. No obstante, sí que contienen algún principio de respuesta, por ejemplo, a través de las cláusulas legales de adaptación a los cambios de la técnica, de los márgenes de seguridad propios del principio de precaución y del marco jurídico mudable que ofrecen las relaciones jurídicas continuadas.

44. No obstante, en la sistemática tradicional de la Parte general del Derecho administrativo estas formas de actuación y organización y estos problemas no suelen aparecer reflejados con suficiente claridad. Realmente es cierto que los impulsos suministrados por los derechos fundamentales han transformado también en muchos aspectos las instituciones jurídicas y doctrinas tradicionales. Buena prueba de ello es, por ejemplo, la transformación de la doctrina de la reserva de ley a la luz del criterio de esencialidad, o del concepto de derecho subjetivo a resultas de la doctrina de la norma de protección (*vid.* 4/21-25; 2/59-62). Sin embargo, no se puede hablar todavía de una *incorporación sistemática* dentro de las doctrinas generales del Derecho administrativo de los problemas materiales que se suscitan en los nuevos sectores de referencia, acorde con la importancia de los mismos. Del mismo modo, tampoco se ha producido el correspondiente desplazamiento hacia tales problemas del centro de gravedad en las distintas partes del sistema. La doctrina sobre la aplicación de las leyes sigue estando dominada por la idea de la ejecución singular, y la teoría de las formas jurídicas de actuación de la Administración por el modelo del acto administrativo. Algo parecido ocurre en el Derecho de la organización administrativa, que sigue anclado en una pretendida "unidad de la Administración", en lugar de ocuparse de la especificidad de los cometidos de cada unidad administrativa (*vid.* 5/33-53).

SECCIÓN 2.ª Conceptos básicos para la formación del sistema: intereses, funciones administrativas, formas de la actividad administrativa y estructuras de responsabilidad

45. Los desarrollos que se acaban de mostrar no se pueden transformar, no obstante, en conocimientos de la Parte general del Derecho administrativo mediante una simple deducción lógica. «Dado que para la elaboración de una doctrina jurídico-administrativa sistemática y comprensible no basta con extraer generalizaciones de la realidad administrativa, sino que es necesario adoptar una perspectiva basada en la selección y ordenación de los materiales, para que aquella doctrina sea una teoría científica y no un simple manual práctico, y dado que ese sistema ha de partir de una superior visión del Estado, la transformación de las tareas del Estado ha de llevar aparejado un cambio también en los métodos de la ciencia del Derecho administrativo» [82]. Por lo tanto, de lo que se trata no es, o no al menos principalmente, de incorporar a las doctrinas generales del Derecho administrativo los nuevos institutos jurídicos procedentes de los sectores de referencia examinados, modificándolas, de esta manera, en unos u otros aspectos concretos. Lo que hace falta, más bien, es extraer, de la variedad de modelos de respuesta y ensayos de regulación presentes hoy en día en la Parte especial, lo característico de la situación actual de la Administración, lo determinante de la estructura de la Parte general del Derecho administrativo. Esto sólo se puede conseguir tras una serie de pasos intermedios, en los que se trata de poner en relación, a través de ciertos *conceptos básicos*, el material suministrado por la Parte especial del Derecho administrativo con los postulados del Derecho constitucional y los conocimientos aportados por el debate sobre los medios de dirección y control social. Dichos conceptos son, a su vez, receptores de los conocimientos que proporciona la ciencia administrativa. Aquí vamos a examinar los conceptos de *interés* (A), *funciones administrativas* (B) y *responsabilidad* (C).

A. LA RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE INTERÉS

46. El Derecho protege intereses, valora intereses y regula mediante reglas de procedimiento la composición de intereses. El interés es, en consecuencia, un objeto central del pensamiento jurídico. Sin embargo, no constituye en sí mismo un concepto normativo. Esto puede explicar por qué suele quedar más bien en un segundo plano en la formulación de las doctrinas jurídico-administrativas, y por qué sólo en raras ocasiones se le concede un tratamiento singular en los manuales universitarios [83]. Ahora bien, dado que las leyes administrativas siguen mencionando el interés al formular sus enunciados de hecho, y que algunos conceptos clave del Derecho administrativo, como los de derecho subjetivo y mandato de ponderación, siguen teniendo en el interés uno de sus pilares más importantes, resulta claro que

[82] BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, p. 5.

[83] Una excepción es el manual de WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 29; *vid.*, además, sobre los intereses públicos, EHLERS, en ERICHSEN, *Verwaltungsrecht*, § 1, núms. margs. 25 y ss.

el propio concepto de interés no puede quedar al margen de la sistematización del Derecho administrativo.

I. Intereses subjetivos y objetivos

47. En un sentido muy general, el interés se puede definir como la relación de un sujeto con un objeto [84]. «Los intereses son consustánciales al ser humano como persona» [85]. El concepto de interés pertenece en primer término a la esfera psíquica del individuo y de ahí trasciende a la esfera social [86]. De esta última lo toman la filosofía y las ciencias sociales, económicas y jurídicas [87]. Se trata, pues, de un concepto interdisciplinar por naturaleza.

48. De todos modos, el propio paso del mundo interior subjetivo al mundo exterior encierra ya dificultades. A este respecto, en la doctrina se distingue entre un interés *subjetivo*, que es el que un determinado sujeto tiene realmente, y un interés *objetivo*, que ha de ser el interés "bien entendido" y, por esta razón, ya valorado externamente [88]. Con esta distinción guarda relación la pregunta de hasta qué punto puede realmente el individuo formular sus intereses sin dejarse influir por su respectivo contexto social, como presupone el concepto de interés subjetivo [89]. Los propios intereses subjetivos sólo se llegan a formar en el seno de procesos de comunicación y, por lo tanto, no se pueden separar tajantemente de los mismos. No obstante, no hace falta entrar en detalle en esta discusión, que pertenece en buena medida al campo de la psicología. Lo importante, en el contexto de nuestra investigación, es destacar *dos* consecuencias que se derivan de la Constitución y con las que ésta da respuesta a las inseguridades que se plantean en este terreno. Un Derecho administrativo que parte de la consideración del individuo como personalidad autónoma, ha de tener inicialmente en cuenta los intereses del particular tal como éste los formule según su propio criterio subjetivo. Los intereses pueden ser entendidos por su titular de manera equivocada, pueden presentarse teñidos de subjetividad e indignos de aprobación por el Derecho —todos éstos son problemas a los que el ordenamiento jurídico habrá de dar respuesta—, pero el punto de partida tiene que ser el interés realmente expresado.

[84] En este sentido, WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 29, núm. marg. 3.
[85] GRIMM, *Zukunft der Verfassung*, p. 176.
[86] Cfr. W. MARTENS, *Öffentlich als Rechtbegriff*, p. 173.
[87] Sobre la historia del concepto de interés, ORTH y otros, en BRUNNER, CONZE y KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 3, pp. 305 ss.
[88] WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 29, núm. marg. 4.
[89] KOSELLECK, en BRUNNER, CONZE y KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 3, pp. 344 ss.

49. Así pues, el Derecho administrativo ha de tomar como fundamento el interés espontáneamente determinado por su propio titular. Cualquier limitación inmanente al concepto de interés, que lo circunscriba de entrada al interés "bien entendido", supone hacer entrar en juego demasiado pronto las valoraciones normativas y, con ello, la competencia valorativa externa, a saber, en un momento en el interés apenas pretende expresarse. Por el contrario, y en aras de la libertad, los intereses y la competencia para valorarlos deben mantenerse separados. El ordenamiento jurídico no tiene por qué proteger cualquier interés subjetivo; pero sí, al menos, tomarlo en consideración. Los deberes de la Administración de clarificación y averiguación se extienden, por tanto, también a aquellos intereses que no considere "bien entendidos" o "verdaderos". Sin embargo, resultan constitucionalmente inobjetables, e incluso obligadas en función de las circunstancias, las medidas de carácter procedimental encaminadas a hacer que los titulares de intereses, sobre todo en situaciones en que exista una estructura de intereses compleja, sean conscientes de los mismos y los pongan de manifiesto. Los procedimientos de clarificación previa organizados al margen de las instancias administrativas, como, por ejemplo, los de mediación y conciliación, pueden contribuir también a que los afectados formulen sus intereses subjetivos con mayor claridad.

II. La realidad del campo de intereses

50. El conocimiento de los intereses realmente presentes en una determinada rama de la actuación administrativa, de sus estructuras y de las leyes que rigen su propia dinámica, constituye un presupuesto necesario para un Derecho administrativo que ha de cumplir tareas de dirección y control social. Dicho conocimiento incluye también el seguimiento de los cambios que experimentan los modelos de pensamiento tradicionales, por ejemplo, a través de las nuevas tecnologías de la información [90]. Sin este conocimiento no es posible decidir acerca de la necesidad de protección de un interés ni sobre la adecuación de una organización a una determinada estructura de intereses. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia de 5 de febrero de 1991, ha puesto de manifiesto, de modo ejemplar, lo provechoso que puede resultar un análisis certero de los intereses en presencia para el correcto tratamiento jurídico de dichas cuestiones [91]. Sus consideraciones acerca de la composición constitucionalmente exigible de los órganos de control en el ámbito de la radiodifusión están hechas poniendo en relación, punto por punto, las disposiciones de la Ley

[90] *Vid.*, al respecto, PITSCHAS, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrecht*, p. 219 (en especial, pp. 232 ss.).
[91] *BVerfGE*, 83, 238 (332-336).

sobre Radiodifusión del *Land* Nordrhein-Westfalia con los típicos modos de comportamiento de los miembros de órganos colegiados que pertenecen a organizaciones representativas de intereses sociales. La Sentencia ofrece, así, un modelo de doctrina apegada a la realidad, es decir, basada en un análisis de los intereses en presencia *.

51. El ordenamiento jurídico presupone la existencia de *intereses individuales*. Sin embargo, su comprensión no resulta evidente ni uniforme, sino que depende de la personalidad de cada individuo y de las circunstancias del medio social. La importancia cada vez mayor de los *intereses colectivos o de grupo* en las relaciones jurídico-administrativas brinda una buena oportunidad para reflexionar sobre el rango que legítimamente les corresponde, pero también sobre la relación entre intereses colectivos e individuales. Los intereses colectivos se pueden considerar como una "suma" o "agregación" o como una "sublimación" de intereses individuales. Han recorrido en su evolución distintas etapas y han alcanzado distintos grados de consolidación. En el interés colectivo se aprecia claramente la complejidad del propio concepto de interés: dentro del mismo grupo se dan cita intereses coincidentes, complementarios, pero también intereses contrapuestos. Tampoco el *interés público* constituye un concepto unívoco. Algunas leyes recientes así lo vienen a reconocer, en la medida en que no confían la formulación de los intereses públicos a una única instancia, sino a diferentes órganos con competencias compartidas o concurrentes. Más allá de ello, los supuestos de participación de asociaciones, del tipo de la prevista en el § 29 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza *(BNatSchG)*, apuntan hacia una incorporación de las fuerzas sociales en la responsabilidad de las instancias públicas de procurar el bien común *. Los mandatos de ponderación general del conjunto de intereses en presencia, contenidos en ciertas leyes, ponen asimismo de manifiesto, desde una perspectiva material, el entrelazamiento de intereses públicos y privados.

* *N. del T.:* La Sentencia indicada resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, por Diputados del *Bundestag*, frente a ciertos artículos de dos Leyes del *Land* Nordrhein-Westfallen: la Ley sobre la Radio pública del *Land (Westdeutschen Rundfunk Köln-WDR)* de 19 de marzo de 1985, y la Ley sobre Radiodifusión, que regula las emisoras privadas, de 19 de enero de 1987. Dicha legislación, en lo que aquí importa, contempla dentro de los órganos rectores, tanto del ente público de radiodifusión *(WDR)* como del ente público regulador de las emisoras privadas *(Landesanstalt für Rundfunk)*, unos órganos colegiados, el Consejo y la Comisión de Radiodifusión, respectivamente (*Rundfunkrat* y *Rundfunkkommission*), integrados mayoritariamente por miembros designados por organizaciones representativas de intereses sociales, pero que, en el ejercicio de sus funciones, no actúan sujetos a mandato, sino en defensa del interés general. Los recursos cuestionaban la constitucionalidad de la composición legalmente prevista para tales órganos, desde la perspectiva de la libertad de información y del principio de igualdad (arts. 5 y 3 GG, respectivamente), por falta de representación de ciertos colectivos y supuesta sobrerrepresentación de otros. La Sentencia rechaza estas impugnaciones, reconociendo al legislador un amplio margen de configuración al respecto. Advierte, no obstante (y en esto residiría el certero examen de los intereses en presencia a que alude el autor en el texto), que tal libertad de configuración no es absoluta, pues al haber optado el legislador por unos órganos de control con presencia de las fuerzas sociales relevantes, ha de aceptar los condicionantes propios de las organizaciones representativas de intereses sociales, y, entre ellos, la imposibilidad de garantizar jurídicamente que los miembros pertenecientes a tales organizaciones no defiendan simultáneamente los intereses particulares de las organizaciones a que pertenecen, lo que haría inconstitucional una composición del órgano groseramente parcial.

1. *Expresión de los intereses*

52. Los intereses han de ser objeto de exteriorización. De ahí que para el Derecho público tengan también relevancia las formas y reglas de procedimiento a través de las cuales aquéllos se hacen valer. Que ello es así se comprueba ya en la temprana fase de la *articulación de los intereses*. A este respecto, los nuevos y poderosos instrumentos que utiliza la Administración para influir en los intereses de los ciudadanos deben dar valor a la circunstancia de preservar en todo caso la posibilidad de una articulación auténtica y espontánea de los mismos. Esta reflexión no sólo resulta aplicable en el ámbito de la Administración social, por su especial vinculación con la persona, sino también en el del Derecho administrativo ambiental. La evaluación de impacto ambiental y la planificación ambiental constituyen, ante todo, técnicas de articulación autónoma de los específicos intereses ambientales. Con razón se ha advertido en estos casos que la simple posibilidad de una expresión autónoma de los intereses encierra en sí misma un valor jurídico.

53. El Derecho administrativo se ha de ocupar, además, de la *organización de los intereses*. Ello resulta evidente en el ámbito de los intereses públicos y de la Administración encargada de expresarlos y llevarlos a la práctica. Es cierto que el Derecho de la organización administrativa da la impresión de ser un conjunto de reglas puramente abstractas de imputación; pero, en el fondo, su función consiste en establecer determinadas estructuras para la toma de decisiones acerca de intereses (*vid.* 5/21-24) [92]. Pero la organización de los intereses en el ámbito privado tampoco resulta irrelevante para el Derecho administrativo. Sólo si las entidades que actúan en defensa de ciertos intereses cuentan con una organización adecuada, se les puede reconocer relevancia como representantes de los mismos y permitir tomar parte en los procedimientos administrativos. Esto es consecuencia de lo que en páginas anteriores se dijo acerca de la responsabilidad que tiene

* *N. del T.:* El § 29 de la *BNatSchG* otorga a las asociaciones reconocidas, en virtud de una serie de criterios que se especifican en el propio precepto, los derechos de audiencia y vista del expediente en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales y de adopción de ciertos actos administrativos en las materias reguladas por dicha Ley.

[92] *Vid.*, al respecto, Steinberg, *Politik und Verwaltungsorganization*, *in totum*, y Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, en especial, pp. 292 ss.

el Estado de garantizar la legitimidad de la actuación de ciertas organizaciones privadas (*vid.* 2/100-101). Constituye, por eso, un acierto que, por ejemplo, en el Derecho de protección de la naturaleza se vincule la legitimación de las asociaciones para tomar parte en los procedimientos administrativos al cumplimiento de ciertos requisitos mínimos de representatividad *.

2. *Clarificación de los intereses*

54. Las decisiones sobre los complejos conflictos de intereses que plantean ciertas actuaciones de política ambiental o social no se toman de forma repentina, sino tras una pluralidad de aproximaciones y acuerdos previos. En estos casos, la *opinión pública* puede jugar un papel importante como foro ante el que se produzca una clarificación de los intereses en presencia (*vid.* 2/116). Con las debidas cautelas, se pueden instaurar nuevos procedimientos de decisión y control. Junto a las regulaciones jurídicas orientadas a la toma de decisiones firmes, hay que abrir mecanismos basados en la discusión y el diálogo, como, por ejemplo, derechos de propuesta, deberes de motivar el apartamiento de determinados criterios o formas organizativas de composición de intereses en común, como grupos de trabajo y comisiones. Desde un punto de vista material, la decisión acerca de los intereses en conflicto puede encauzarse mediante cláusulas legales de preferencia de unos intereses sobre otros. Las técnicas de ponderación del Derecho administrativo ambiental ofrecen a este respecto, sin lugar a dudas, algunos nuevos elementos que van más allá de una ponderación desestructurada [93].

* *N. del T.*: El § 29 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza *(BNatSchG)* condiciona la legitimación de una asociación para ser parte en un procedimiento administrativo (además, lógicamente, de que el proyecto en cuestión incida en su ámbito de actuación estatutario) a la obtención de un previo reconocimiento por parte de las autoridades del *Land* (o, en su caso, de la Federación). Dicho reconocimiento, que se obtiene a instancia de la asociación interesada, se supedita a su vez al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) que la asociación tenga estatutariamente como fin primordial la protección de la naturaleza; 2) que su ámbito de actuación comprenda al menos el territorio de un *Land:* 3) que ofrezca garantías de un cumplimiento adecuado de sus funciones, para lo cual hay que tener en cuenta el tipo y alcance de las actividades desarrolladas hasta la fecha, su círculo de miembros y sus recursos; 4) que esté exenta del impuesto de sociedades, por la realización de actividades de utilidad pública; 5) y que permita el ingreso de cualquier persona que comparta los fines de la asociación.

[93] Por ejemplo, mediante el establecimiento de una preferencia relativa en la ponderación (*vid.*, § 1.5, cuarta frase, del Código Urbanístico —*BauGB*—, y § 50 de la Ley Federal de Protección del Ambiente Atmosférico —*BImSchG*—).

III. Intereses públicos y privados

55. A menudo las leyes sistematizan la estructura de intereses mediante los conceptos de interés público y privado [94]. Cabe destacar al respecto la utilización en la práctica legislativa reciente de cláusulas del tipo de la que emplea el § 1.6 del Código Urbanístico *(BauGB)*, que obligan a la Administración a «ponderar adecuadamente los intereses públicos y privados unos frente a otros y entre sí». De esta manera, el enunciado legal se hace eco de un complejo abanico de intereses, remitiendo a la práctica jurídica su configuración concreta de acuerdo con las circunstancias del caso. «El legislador, el funcionario y el juez tienen que operar con el concepto de bien común, así lo hacen y, además, pueden hacerlo, como se comprueba en la práctica» [95].

1. *Entrecruzamiento de intereses, tomando como ejemplo el § 1 del Código Urbanístico* (BauGB)

56. Mejor que de teorías abstractas, de la jurisprudencia y comentarios sobre el § 1.6 del Código Urbanístico *(BauGB)* cabe extraer algunas enseñanzas de alcance general para la clasificación de los intereses [96]. La distinción entre intereses públicos y privados no se basa en el titular del interés. Es cierto que la Administración pública es un titular cualificado de intereses públicos, pero no ostenta el monopolio de su formulación y realización [97]. Los intereses públicos también pueden ser defendidos por entidades privadas, grupos de interés y particulares. Por lo tanto, de la existencia de un interés público no cabe concluir necesariamente la presencia de un título competencial en favor de la Administración.

Los intereses públicos y privados se diferencian por su orientación: intereses públicos son aquellos que se encaminan directamente a procurar el interés general [98]. No son idénticos al interés general, pero, en la medida en que se preocupan por la comunidad, tienen una tendencia a convertirse en el interés general. Con ello no se está diciendo nada en contra del rango y legitimidad de la persecución de intereses privados. La Constitución parte precisamente de la colaboración entre

[94] Resulta fundamental, a este respecto, el estudio de HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, en especial, pp. 204 ss.

[95] HÄBERLE, *Rechtstheorie*, 1983, pp. 257 ss.; publicado también en, del mismo autor, *Europäische Rechtskultur*, pp. 323 ss.

[96] *Vid.* el Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Federal Administrativo, *BVerwGE*, 34, pp. 301 ss., y 45, pp. 309 ss.; SOFKER, en ERNST, ZINKAHN y BIELENBERG, *Baugesetzbuch*, § 1, núms. margs. 198 ss., y SCHULZE-FIELITZ, *Sozialplanung im Städtebaurecht*, pp. 306 ss.

[97] En el mismo sentido, EHLERS, en ERICHSEN, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 29.

[98] ERHARDT, en *HWÖ*, columnas 1003 y 1004.

intereses públicos y privados. Ambos tipos de interés no son, a menudo, sino estadios previos en el camino para la formación paulatina del interés general. Por eso, en esta fase inicial no se puede establecer una separación tajante entre intereses públicos y privados. Un interés puede reunir al mismo tiempo las características de unos y otros. Con frecuencia, los intereses públicos y privados se mueven en paralelo a corta distancia, se apoyan entre sí o se entrelazan unos con otros. Así, puede ocurrir que la ponderación enfrente a una serie de intereses públicos y privados a la sazón conectados entre sí con otro grupo de intereses estructurado de la misma forma.

57. Los intereses públicos no son magnitudes predeterminadas y estáticas, sino que se desarrollan a lo largo del *procedimiento administrativo* [99]. Los procedimientos de participación pública (§§ 3 y 4 del Código Urbanístico *), vinculados con el § 1.6 del mismo Código, ponen de manifiesto que, dentro de la Administración, hay que partir de la existencia de diferentes intereses públicos e incluso de distintas valoraciones en relación con cada interés público concreto. La propia Administración es contemplada por la ley como una estructura en la que halla presente una representación plural de intereses públicos.

Tampoco existe una prevalencia automática de los intereses públicos. El § 1.6 del Código Urbanístico habla de una ponderación "adecuada", y la confía en último término al órgano municipal que cuenta con una legitimidad democrática directa. Pero incluso en aquellos casos en que un enunciado legal realza especialmente un determinado interés público y lo considera suficiente para legitimar la intervención pública, es necesario tomar una decisión ponderada sobre la cuestión de hasta qué punto ese interés público puede realmente prevalecer sobre los intereses privados afectados por la medida. La jerarquización de intereses constituye un proceso especial que tiene que venir fijado con mayor precisión mediante normas competenciales y reglas de ponderación.

2. *El bienestar general*

58. Por bienestar general (bien común) hay que entender el interés común formado a partir de la conjunción de muchos intereses especiales, públicos y privados [100]. En la actuación cotidiana de la Admi-

[99] Como señala HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, pp. 87 ss., p. 95: El interés público que la Administración tiene que llevar a la práctica «sólo se termina de constituir con la ayuda de los intereses privados y de grupo de los afectados hechos valer en el procedimiento».

* *N. del T.*: Los §§ 3 y 4 del Código Urbanístico regulan la participación en el planeamiento urbanístico municipal de los ciudadanos (§ 3) y de otras Administraciones públicas interesadas (§ 4).

[100] Cfr. WOLFF, BACHOF y STOBER *Verwaltungsrecht I*, § 29, núm. marg. 10.

nistración dicho interés común viene a ser el interés público que se ha evidenciado como susceptible de realización en el marco de la respectiva legislación sectorial. La determinación de lo que sea el bienestar general es una cuestión que depende por encima de todo del Derecho positivo, el cual ofrece normalmente para llevarla a cabo reglas de procedimiento y criterios materiales. «En el marco de la Constitución no hay tanto una *predeterminación* del bien común como un *encargo* para su determinación concreta en cada caso; el bien común es, en buena medida, el resultado de complejos procesos (de ensayo y error) en los que intervienen tanto los poderes públicos como los ciudadanos, por más que la Constitución ofrezca, y deba hacerlo, ciertas directrices materiales para determinar su contenido» [101]. No obstante, un entendimiento puramente procedimental del bien común resulta ajeno al ordenamiento constitucional, como ponen de manifiesto los contenidos materiales de los derechos fundamentales y las normas relativas a las funciones del Estado. Pero es, precisamente, la idea de procedimiento la que permite hacer entrar en juego, en la determinación concreta del bien común, el ámbito de la cooperación entre Administración, sociedad e individuos (*vid.* 6/101).

59. Sin perjuicio de la respuesta que obtenga a la hora de aplicar los concretos enunciados legales, la cuestión relativa al bien común se encuentra ligada al propio tiempo con las concepciones de alcance más general acerca del mismo. El bien común tiene, así, en un segundo nivel argumentativo, el sentido de una *idea regulativa* *. Una idea que mantiene viva la conciencia de que, siempre que se ejerce un poder público, se ha de actuar en favor de la comunidad, del conjunto de los ciudadanos, considerado no como una suma de individuos, sino como una universalidad. «El bien común encierra el rechazo del ejercicio del poder público como un fin en sí mismo. El poder público requiere una justificación, que se encuentra fuera de sí mismo, en el bien del pueblo» [102]. Dentro del orden constitucional, no se puede decir que estas afirmaciones pertenezcan sólo a la historia de las ideas políticas y a la teoría del Estado. Por el contrario, la necesidad de justificación del poder público y su capacidad para procurar el bien común se derivan de la imagen del ser humano del art. 1 y del principio democrático del art. 20 GG. La idea regulativa tiene, pues, un fundamento normativo (*vid.* 1/21; 2/81). La aptitud para generalizar sus resultados es lo que determina la calidad democrática de las decisiones del poder público. Precisamente, si el Derecho administrativo quiere apartarse de un entendimiento del bien común como responsabilidad exclusiva

[101] HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, pp. 323 ss. (341).

* *N. del T.*: El concepto kantiano de "idea regulativa" *(regulative Idee)* significa un ideal, una noción no de algo, sino para algo: para orientar la producción y aplicación del Derecho. En este sentido, Manuel ATIENZA, en el prólogo de su libro *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, precisamente en relación con la justicia, a la que califica de idea regulativa.

[102] ISENSEE, en *HStR*, vol. 3, § 57, núm. marg. 8.

del Ejecutivo y llegar, en su lugar, a un modelo de concreción pluralista del mismo, es importante contar con un concepto de bien común entendido en un sentido material como idea regulativa. Precisamente el Estado cooperativo tiene que prestar especial atención a la aptitud de sus procedimientos administrativos y de sus formas de organización para procurar el bien común. «Lo positivas que puedan resultar las formulaciones relativas al bien común en los ordenamientos jurídicos libres —democráticos— está en función de su racionalidad, diferenciación y del contexto teórico constitucional y científico, así como de la existencia de una opinión pública plural e ilustrada» [103].

B. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y FINES DEL ESTADO

60. La sistemática jurídico-administrativa tiene que estar en condiciones de abarcar el espectro completo de las funciones que la Administración desarrolla en la actualidad. A la doctrina tradicional se le ha criticado frecuentemente el haber perdido toda conexión con las funciones administrativas o haberla reducido al fin de defensa frente a las situaciones de peligro propio del Estado liberal de Derecho [104]. El análisis de los nuevos sectores de referencia debe permitir remediar este estado de cosas.

I. Funciones del Estado: concepto y relevancia

61. La necesaria atención que debe prestar el Derecho administrativo a las tareas administrativas implica, no obstante, enfrentarse de entrada con conceptos que no tienen un contenido normativo claramente definido y cuya relevancia para la sistematización del Derecho administrativo sólo puede apreciarse estableciendo una diferenciación entre los mismos [105]. Se trata de los conceptos de funciones públicas, funciones del Estado y funciones administrativas [106]. Por *funciones públicas* cabe entender aquellos cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general, mediante la satisfacción de necesidades colectivas [107]. *Funciones del Estado* son aquellas funciones públicas que son desempeñadas por los poderes públicos, así como

[103] Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, pp. 563 y 564.

[104] Badura, *Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, especialmente las pp. 16 y 23.

[105] Cfr. Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, pp. 11 ss. Sobre el interés del concepto de funciones del Estado para las distintas ciencias, Bull, *Staatsaufgaben*, pp. 5 ss.

[106] Sobre las cuestiones que se tratan a continuación, *vid.* Häberle, *AöR*, 1986, pp. 595 ss., y Lecheler, *Verwaltungslehre*, pp. 56 ss.

[107] Erhardt, en *HWÖ*, columna 1004; Bull, *Staatsaufgaben*, p. 50, habla, a este respecto, de «funciones relativas al bien común».

por los organismos internacionales. Por consiguiente, no todas las funciones públicas son funciones del Estado [108]. Ciertamente, los poderes públicos, en la medida en que son los únicos que necesitan justificar su actuación en la persecución del bien común, están comprometidos de un modo especial con el conjunto de las funciones públicas, pero hay importantes funciones públicas que son atendidas por sujetos privados, y otras que son desempeñadas conjuntamente por sujetos públicos y privados. Finalmente, *funciones administrativas* son aquellas funciones de los poderes públicos que son confiadas a las Administraciones públicas para su cumplimiento con medios administrativos. Los medios administrativos no han de implicar necesariamente el ejercicio de autoridad; del mismo modo que la Administración tampoco está forzosamente obligada a valerse de las formas de actuación y organización del Derecho público en el cumplimiento de las funciones públicas (*vid.* 6/21).

1. *La falta de una doctrina acabada sobre las funciones del Estado*

62. La inseguridad que provocan estas definiciones se debe a que los conceptos de "desempeño" y "cumplimiento" no designan un único tipo de actividad, sino que engloban distintas formas de actuación, que van desde la simple dirección programática por medio de Leyes del ejercicio, por lo demás, privado de ciertas funciones, hasta la realización completa de un determinado tipo de prestaciones por parte de los poderes públicos. Lo que ocurre, en el fondo, es que con los tres conceptos antes indicados (funciones públicas, del Estado y administrativas) no se están definiendo ámbitos perfectamente deslindables entre sí, sino zonas en las que la combinación de responsabilidades públicas y privadas adquiere una diferente intensidad [109].

A menudo se ha intentado formular una teoría de valor general sobre las funciones del Estado, pero nunca se ha conseguido [110]. Ciertamente, en la garantía de la seguridad exterior e interior, en la evitación de peligros y en la atención de las necesidades básicas de la población cabe identificar complejos de actividades que todos los Estados modernos suelen considerar como funciones propias [111]. Pero, por así decirlo, no existen funciones del Estado por naturaleza [112]. Las fun-

[108] Isensee, en *HStR*, vol. 3, § 57, núms. margs. 136 y ss., y Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (16 y 17).

[109] En parecido sentido, Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (17), señalan que: «El núcleo del debate sobre las funciones del Estado reside en el escalonamiento de los marcos organizativos de Derecho público para la libre actuación de los particulares en interés público».

[110] Herzog, en *HStR*, vol. 3, § 58, núm. marg. 1.

[111] *Vid.*, al respecto, Gusy, *DÖV*, 1996, pp. 573 ss.

[112] Bull, *Staatsaufgaben*, pp. 99 ss.; Häberle, *AöR*, 1986, p. 595 (601).

ciones de los poderes públicos no resultan de un concepto abstracto del Estado, sino de las previsiones del respectivo ordenamiento constitucional. Pero aun centrando el examen en la Constitución, tampoco cabe obtener de ella, en modo alguno, un sistema acabado de funciones del Estado [113]. En muchos ámbitos, el desarrollo y desempeño de funciones por parte de los poderes públicos no supone, en consecuencia, una ejecución de la Constitución, sino una decisión política. Con vistas a una sistematización de las funciones del Estado, hay que decir, más bien al contrario, que, salvando casos extremos [114], no existe ninguna esfera de la vida privada o social en la que aquél no tenga al menos la posibilidad de desempeñar algún papel [115], como, por otro lado, tampoco cabe imaginar ninguna función respecto de la cual los poderes públicos tengan que asumir necesariamente la responsabilidad íntegra de su satisfacción.

63. Como conclusión general cabe hablar de la existencia de una *responsabilidad de garantía* por parte del Estado, a resultas de la cual los poderes públicos, dentro de los límites que establece el Derecho constitucional, tienen que actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección. Con ello no se prejuzga todavía la forma de actuación del Estado —establecimiento del marco normativo, actividad de control, conformación o prestación— y, por lo tanto, tampoco la elección de las técnicas de regulación (*vid.* 3/88-92). Ello se debe a dos tipos de razones. Por un lado, la denominación de determinados ámbitos funcionales no es lo suficientemente concluyente como para comprender todas las distintas formas de actuación en que puede traducirse la responsabilidad estatal [116]. Por otro lado, es la propia Constitución la que ofrece una imagen muy diferente de las funciones de los poderes públicos y de los modos de llevarlas a cabo según se atienda, por un lado, a las normas que estimulan el cumplimiento de ciertas funciones, o bien, por otro, a los contenidos reaccionales de los derechos fundamentales y a las disposiciones competenciales; imagen que no cabe fijar con precisión en abstracto, sino sólo a la vista de situaciones concretas [117]. Para el Derecho administrativo se derivan de ello, por de pronto, dos consecuencias negativas [118]. En primer lugar, que de la existencia de

---

[113] Herzog, en *HStR*, vol. 3, § 58, núm. marg. 28.

[114] A este respecto, habría que incluir, por un lado, el respeto y la protección de un ámbito intangible de la vida privada de cada uno, de acuerdo con el art. 1.1, en relación con el art. 2.1 GG [*vid.*, al respecto, *BVerfGE*, 80, 367 (373 y 374)] y, por otro lado, la preservación del ordenamiento estatal como tal.

[115] Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (30), con referencias adicionales.

[116] En el mismo sentido, Isensee, en *HStR*, vol. 3, § 57, núm. marg. 138; Herzog, en *HStR*, vol. 3, § 58, núm. marg. 32: «La respuesta al acertijo consiste en que, en la mayor parte de los casos, el cumplimiento de las funciones por el Estado es sólo parcial».

[117] Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (20 ss.).

[118] *Vid.* Isensee, en *HStR*, vol. 3, § 57, núms. margs. 140 y ss.

una función de los poderes públicos no cabe concluir que corresponda, precisamente, a la Administración. Y, en segundo lugar, que de la existencia de una función administrativa no cabe deducir la potestad para llevarla a cabo con técnicas regulatorias o imperativas.

2. *Los fines del Estado como factores determinantes de sus funciones*

64. La falta de una teoría acabada sobre las funciones del Estado no significa, *sensu contrario*, que la Constitución no contenga pronunciamientos sobre la preferencia e intensidad de determinadas tareas [119]. A este respecto, cabe mencionar, en primer término, las determinaciones relativas a los fines del Estado. Étos representan los grandes campos de actuación política, a los que, de acuerdo con el diseño constitucional, los poderes públicos deben prestar una especial atención. Por encima de las particularidades de cada sector de la parte especial del Derecho administrativo y de los límites de las leyes respectivas, las determinaciones constitucionales sobre los fines del Estado obligan a ocuparse de los «modelos de actuación y evolución a más largo plazo» de los campos de funciones [120]. En tanto que las decisiones constitucionales sobre la estructura del Estado (Estado de Derecho y democrático) se encargan de establecer las condiciones normativo-institucionales de la actuación de los poderes públicos, los fines del Estado remiten a las condiciones objetivas de dicha actuación. Los fines del Estado contemplan su realización y las condiciones para ella a modo de proceso, en pasado, presente y futuro. Entre los modelos concretos de respuesta de la legislación administrativa sectorial y las exigencias normativas abstractas de las decisiones sobre la estructura del Estado, los fines del Estado constituyen para la sistemática jurídico-administrativa un *nivel intermedio*, en el que pueden plantearse las condiciones generales de dirección y control de las conductas. Ellos completan, de esta manera, la perspectiva jurídica individualista del enfoque basado en los derechos fundamentales. Se trata de algo importante, pues por mucho que haya impulsado el desarrollo del Derecho administrativo en las últimas cuatro décadas la penetración intensiva de los derechos fundamentales, y lo seguirá haciendo, *solamente* con este enfoque no se pueden afrontar los complejos problemas que tiene planteados en orden a la distribución de bienes y recursos. Dentro de los fines del Estado nos ocuparemos aquí del fin social del Estado y de la protección de los recursos naturales.

---

[119] Sobre las cuestiones siguientes, Herzog, en *HStR*, vol. 3, § 58, núms. margs. 30 y ss.; Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (20 y 21); Isensee, en *HStR*, vol. 3, § 57, núms. margs. 115 y ss.

[120] J. J. Hesse, *JbStVwW 1987*, p. 55 (77); siguiendo a Pitschas, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y Schuppert, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 219 (226).

II. El fin social del Estado

65. «El Estado social de Derecho es un Estado social que se realiza con arreglo a los procedimientos, las formas y con los límites del Estado de Derecho, y un Estado de Derecho que está abierto para ser colmado y puesto al servicio de metas sociales» [121]. La relación entre el Derecho y el carácter social del Estado es, por lo tanto, principalmente una relación de medio a fin. No obstante, el Derecho también tiene sus propios fines materiales de garantía frente a las demandas de lo social. Por un lado, el Derecho también tiene que proteger a quienes han de asumir las cargas de las actividades sociales; puede tratarse de terceros, pero también de aquellos que son al mismo tiempo beneficiarios de las mismas. Con independencia de ello, el Derecho tiene que garantizar la autorresponsabilidad del destinatario de las prestaciones del Estado social, es decir, la protección de la distancia del individuo frente a la Administración social y la protección frente a los "riesgos estructurales de abuso" [122] de los sistemas de prestación del Estado social.

La locución "Estado social de Derecho" acentúa los rasgos comunes e introduce los impulsos contrapuestos en la ponderación interna de los fines. Esto tiene sentido desde un punto de vista sistemático, porque las contradicciones entre las garantías del Estado de Derecho y del Estado social no se pueden resolver con una única fórmula. Tampoco los pares de opuestos, a menudo invocados, de la estática del Estado de Derecho y la dinámica del Estado social, de la conservación y la conformación, constituyen indicadores fiables. La garantía de los logros ya alcanzados representa algo importante para un Estado social consolidado, como, a la inversa, el Estado de Derecho puede presionar para que se produzca un cambio en el estado de cosas existente. El hecho de que la irrevocabilidad de los actos administrativos se encuentre más garantizada en materia social que con carácter general (§§ 44 a 48 del Libro X del Código Social —*SGB X* *), demuestra lo mucho que se ha desplazado la oposición irreconciliable entre conservadurismo y progreso.

[121] ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, *núm. marg.* 96; *vid.* también HERZOG, en MAUNZ y DURIG, *Grundgesetz*, art. 20, apartado VIII, núm. marg. 34; STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 21, IV, 3a.

[122] BADURA, *DÖV*, 1989, p. 491 (493).

* *N. del T.:* El Libro X del Código Social se ocupa del procedimiento administrativo y la protección de datos en materia social. La regulación de la revisión de oficio y la revocación de los actos administrativos en esta rama de la Administración (§§ 44 a 48) es comparativamente más garantista que la establecida con carácter general en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (§§ 48, 49 y 49a *VwVfG*).

1. *Cometidos de la legislación y de la Administración*

66. El fin social del Estado no es un simple precepto de carácter programático, sino Derecho inmediatamente aplicable. En relación con su concreción, hay que tener en cuenta, no obstante, que: «El principio constitucional del Estado social, debido a su amplitud e indeterminación, por regla general no contiene mandatos directos de actuación que los Tribunales puedan aplicar sin un apoyo en la legislación ordinaria» [123]. Por consiguiente, su desarrollo jurídico constituye una tarea de que corresponde ante todo a la Ley parlamentaria [124]. Esta tesis se justifica, en primer lugar, por las exigencias de predeterminación normativa propias del Estado de Derecho y, en segundo lugar, por la necesaria libertad de movimientos con que ha de contar el legislador democrático, sobre todo en su función como legislador presupuestario [125]. Por lo tanto, el principio del Estado social no puede generar por sí mismo, sin un soporte legal, derechos subjetivos en favor de un círculo de beneficiarios, comoquiera que éste se determine, ni atribuir a la Administración potestades de intervención sobre derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, la función de los Poderes Ejecutivo y Judicial parece ceñirse simplemente a tener en cuenta las directrices del Estado social en la aplicación de las leyes.

67. No obstante, tales afirmaciones serían malentendidas si de ellas se extrajera la conclusión de que el fin social del Estado sólo tiene una relevancia mediata para el ordenamiento jurídico administrativo. «El principio social constituye un parámetro de referencia de toda actuación de los poderes públicos. Cualquier decisión, cualquier medida, incluso cualquier omisión, tiene que estar justificada desde el punto de vista del principio social» [126]. Su dependencia de la legislación no resulta aplicable en aquellos casos en que el Ejecutivo, de acuerdo con las doctrinas generales sobre la reserva de ley, puede actuar sin cobertura legal [127]. La procura existencial por parte de los poderes públicos constituye el clásico ámbito en el que la Administración puede llevar a cabo la concreción del fin social del Estado sin necesidad de contar, en modo alguno, con una mediación legal [128]. La necesaria legitimación democrática de la actuación administrativa la proporciona, en este caso, el Derecho presupuestario. Por lo demás,

[123] *BVerfGE*, 65, 182 (193); 71, 66 (80); pero también 84, 90 (125 y 126).

[124] STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 18 III 3; ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núm. marg. 108; DENNINGER, en *HStR*, vol. 5, § 113, núm. marg. 43.

[125] Cfr. *BVerfGE*, 59, 231 (263).

[126] ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núm. marg. 106.

[127] Referencias sobre el significado para la Administración del mandato del Estado social, en ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núm. marg. 108, nota 440.

[128] STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 21 II 3c; RUFNER, en *HStR*, vol. 3, § 80, núms. margs. 28 y ss.; ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núms. margs. 57 y ss.

también cabe hallar actividades sociales significativas en sectores cuyo instrumentario, dominado por medidas limitativas de derechos sujetas a reserva de ley, ha de ser amortiguado para encontrar aceptación social. En estos casos se dan típicas formas de actuación del Estado social, como planes sociales y regulaciones para compensar desigualdades sociales, que la Administración desarrolla primero *praeter legem* y que después hace suyas en ocasiones el legislador [129] *

68. En este contexto, la tarea de la Administración consiste en asumir la cláusula del Estado social, principalmente, como «máxima interpretativa y directriz orientadora de su discrecionalidad» en la aplicación de las leyes [130], en modo alguno como un simple mandato relativo. De todas formas, dicha cláusula no debe convertirse en un cómodo expediente para nivelar aproximaciones normativas diferentes y petrificar logros ya alcanzados. El principio del Estado social no contiene, en sí mismo, ninguna garantía del mantenimiento de servicios públicos, prestaciones y derechos adquiridos [131]. Del mismo modo, tampoco cabe aprovechar los aspectos sociales como un simple pretexto para dejar de ejecutar disposiciones cuya aplicación puede provocar, en determinados casos, resistencias políticamente indeseables [132]. Finalmente, incluso dentro el marco de la discrecionalidad administrativa, los aspectos sociales tampoco se pueden tener en cuenta de forma indiscriminada, sino que han de ser seleccionados en función de su proximidad a los fines que persiga la respectiva legislación sectorial.

2. *Niveles de actuación y procedimientos*

69. El fin social del Estado devuelve al pensamiento jurídico administrativo a la realidad de lo que es administrar, al orden social y sus campos de actuación singulares, obligando a un minucioso inventario y análisis de los intereses afectados. Esto implica un mayor esfuerzo del que requiere la lógica comprensión del supuesto de hecho en cualquier aplicación del Derecho. De lo que se trata, más bien, es de «superar los desniveles existentes en la defensa y articulación de las opiniones e intereses sociales», para alcanzar «un conocimiento, penetración y expresión completa, matizada y coherente del conjunto del campo social» [133]. Hay que tener en cuenta los cambios en las prácticas administrativas, del mismo modo que las relaciones de fuerzas

[129] Por ejemplo, §§ 180 y 181 del Código Urbanístico; sobre el surgimiento de estas formas de actuación, SCHULZE-FIELITZ, *Sozialplanung im Städtebaurecht*, pp. 279 ss.

* *N. del T.*: Los §§ 180 y 181 del Código Urbanístico se ocupan, respectivamente, de los planes sociales y de las ayudas por sacrificios especiales en la ejecución del planeamiento.

[130] STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 21 III 4.

[131] ISENSEE, en *HStR*, vol. 5, § 115, núm. marg. 161.

[132] STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 21 II 4c, p. 913.

[133] En este sentido, ZACHER, en *HStR*, vol. 1, § 25, núm. marg. 92.

y los procesos de racionalización del medio social. En todo ello hay que incluir, también, la observación de los desplazamientos y entrecruzamientos de las esferas de responsabilidad de individuos, asociaciones y Administración. Aquí se aprecia claramente, con referencia a un determinado ámbito material, la relevancia que tiene el concepto de *interés* en el planteamiento de las cuestiones jurídico-administrativas: ¿el interés jurídicamente protegido por un derecho subjetivo es realmente un interés individual?, ¿se acomoda esta figura jurídica a los intereses colectivos?, ¿aseguran las normas de procedimiento y organizativas una adecuada articulación de los intereses?

70. El Estado social de Derecho despliega su actuación en varios niveles. Por un lado, la Administración del Estado social se hace presente a través de relaciones individuales, del contacto ocasional o duradero con el destinatario de prestaciones sociales o con el usuario de servicios públicos. No por casualidad, la doctrina general sobre la relación jurídico-administrativa recibe continuos impulsos del Derecho de la Administración social. La comprensión cuidadosa de estos fenómenos *microadministrativos* constituye, por tanto, una tarea importante para el Derecho administrativo.

Pero, al mismo tiempo, de las actividades del Estado social resulta con claridad que la actuación administrativa debe ir más allá del caso concreto. Las decisiones relativas a la distribución de recursos, que la ley se limita a trazar sólo en abstracto y en sus aspectos básicos, tienen que ser elaboradas en sucesivas etapas, y los sistemas de prestación necesarios han de ser establecidos de acuerdo con otros actores, con asociaciones, iglesias y colectivos profesionales. Por ello, el Derecho administrativo se ha de convertir también en un Derecho de la actuación *macroadministrativa*, lo que obliga a reflexionar sobre nuevas formas de actuación. En este sentido, ya tempranamente se llamó la atención sobre la función de la planificación administrativa dentro del Estado social [134]; y en la doctrina más reciente ha aparecido la idea de "planes concepcionales" —*Konzepte*— (*vid.* 6/81) —para englobar también los fenómenos cooperativos e informales—.

III. La protección de los recursos naturales como fin del Estado

71. Según el art. 20a GG, el Estado protegerá, «teniendo también presente su responsabilidad para con las generaciones futuras, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación, dentro del marco del ordenamiento constitucional, y por medio del Poder Eje-

[134] WURTENBERGER, *Staatsrechtliche Probleme*, pp. 108 ss. y 387 ss.

cutivo y la jurisprudencia, de acuerdo con la ley y el Derecho» [135]. Este fin del Estado, formalmente incorporado a la Constitución en 1994, comparte con el Estado social no sólo una posición destacada dentro de la sistemática constitucional, sino también una característica decisiva: ambos ponen a prueba las funciones tradicionales del Derecho y hacen necesario elaborar nuevas formas jurídicas de dirección y control social.

1. *El riesgo como problema jurídico*

72. La necesaria "contemplación sistémica" del bien protegido, de los fenómenos que repercuten negativamente sobre el mismo y de las medidas públicas para combatirlos, se enfrenta una y otra vez con lagunas en los conocimientos y en las posibilidades de valoración [136]. Estos límites se estudian desde algún tiempo bajo el concepto de *riesgo* [137]. A este respecto, la protección de los recursos naturales resulta representativa de lo que también ocurre en otros campos de la política, como las telecomunicaciones o la protección de la salud, que igualmente tienen que ver con nuevas tecnologías, todavía poco ensayadas [138]. Pero la presión que se ejerce a diario sobre los recursos naturales se pueden definir, también, como un problema de riesgo. Sus sinergias pueden ser incontrolables y sus efectos a largo plazo pueden amenazar la existencia de las generaciones venideras, al destruir la capacidad de regeneración de la naturaleza [139].

73. En el ámbito del Derecho administrativo, el concepto de riesgo se suele contraponer al clásico concepto de peligro de la actividad de policía. Ambos exigen tomar decisiones en situaciones de incertidumbre, pero mientras que los pronósticos relativos al peligro se pueden apoyar en experiencias conocidas de cadenas causales lineales, el concepto de riesgo hace referencia a situaciones en las que no se puede calcular la probabilidad de que se produzca una variante conocida (incertidumbre en sentido amplio), o en las que ni siquiera es predecible el posible curso de los acontecimientos o sus consecuencias

[135] *Vid.*, al respecto, UHLE, *DÖV*, 1993, pp. 947 ss.; HENNEKE, *NuR*, 1995, p. 325 ss.; KLOEPFER, *DVBl*, 1996, pp. 73 ss.; SCHINK, *DÖV*, 1997, pp. 221 ss.; SCHOLZ, en MAUNZ y DURIG, *Grundgesetz*, art. 20a, núms. margs. 32 y ss.; MURSWIEK, en SACHS, *Grundgesetz*, art. 20a.

[136] Así, de manera expresiva, el Dictamen de la Comisión de Expertos sobre Asuntos Ambientales *(SRU-Gutachten)* de 1994, núms. margs. 109 y ss.

[137] *Vid.*, al respecto, con referencias adicionales, SCHERZBERG, *VerwArch*, 1993, pp. 484 ss.; LADEUR, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, pp. 111 ss.; DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, en especial, pp. 52 ss.

[138] Sobre las cuestiones siguientes, J. IPSEN, MURSWIEK y SCHLINK, *VVDStRL*, vol. 48, pp. 177 ss., 207 ss. y 235 ss.

[139] *Vid.*, al respecto, el Informe anual del Consejo Científico del Gobierno Federal, «Cambios globales en el medio ambiente», *El mundo en cambio*, 1993.

(incertidumbre en sentido estricto) [140]. Hay que contar con la posibilidad de que se produzcan cambios bruscos en las relaciones causales, sobre los que no existe un conocimiento empírico: «El concepto de riesgo se convierte de tal suerte en una variable pluridimensional, en la que confluyen la magnitud del peligro previsto, un factor de inseguridad que está en función del grado de conocimiento sobre el cálculo del peligro, y los posibles costes de un pronóstico equivocado» [141].

74. La pérdida de importancia del conocimiento empírico conlleva una pérdida de funcionalidad de algunos conceptos jurídicos tradicionales: la imputabilidad de las consecuencias y la plausibilidad de las decisiones [142]. Los instrumentos jurídico-administrativos de corte tradicional están diseñados para operar con un número limitado de factores y valoraciones, aislables entre sí. Cuando no se dan estas circunstancias, los modelos de argumentación tradicionales no permiten garantizar la racionalidad de las decisiones, o no al menos en la medida necesaria. Las exigencias impuestas hasta ahora a las decisiones públicas de determinación y firmeza no pueden, así, trasladarse a las decisiones tomadas en situaciones de inseguridad. Los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad se vuelven necesariamente más débiles cuando hay que introducir en la ponderación un fin tan complejo como el del art. 20a GG. No es casual que con el concepto de riesgo se plantee, al mismo tiempo, como cuestión independiente la de la aceptación del riesgo. «La incertidumbre se convierte en una categoría en sí misma: el grado de incertidumbre, la aceptación de la incertidumbre, la admisibilidad de la incertidumbre» [143]. La determinación del riesgo se vuelve un proceso abierto, que, como *gestión del riesgo*, demanda nuevas formas de comunicación entre la Administración, los expertos, las empresas y la opinión pública, y para el que se han de crear nuevas condiciones marco de carácter organizativo-institucional [144].

2. *Cometido del Derecho*

75. A pesar de todos los nuevos retos tecnológicos y científicos, la Constitución apuesta por la continuidad del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no hay motivos de política ambiental, como de ninguna

[140] En este sentido, LADEUR, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 111 (122).

[141] SCHERZBERG, *VerwArch*, 1993, p. 484 (498).

[142] Cfr. ZACHER, en *FS für Lerche*, p. 107 (112 y 113); HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 115 (165 y 166); DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 113 y 114.

[143] ZACHER, en *FS für Lerche*, p. 107 (113).

[144] LADEUR, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 111 (122 ss.); PITSCHAS, en HART, *Privatrecht im "Risikostaat"*, p. 215 (en especial, 232 ss.).

otra clase, para que se produzca una interrupción "dilatoria" en el desarrollo del mismo (*vid.* 1/32). La protección se tiene que alcanzar dentro y no fuera del Derecho. Para ello hay que tomar como referencia e implicar en el cumplimiento de dicha misión cualquier forma conocida de Derecho o en formación: el Derecho interno, comunitario e internacional; el Derecho como regla material de decisión, como norma de procedimiento y como ordenamiento marco. Las necesarias innovaciones se han de buscar a través de la evolución, y no de una ruptura radical con las estructuras jurídicas existentes. No obstante, esto se traducirá a largo plazo en un verdadero cambio del Derecho [145].

76. La primacía del legislador, formulada por el art. 20a GG, no excluye que los Poderes Ejecutivo y Judicial asuman funciones de concreción, de acuerdo con la Ley y el Derecho, como ocurre con el fin social del Estado —todo lo contrario: los apoderamientos legales de configuración serán más bien mayores en el manejo de cuestiones relativas al riesgo—. Esto resulta válido sobre todo en relación con el Ejecutivo [146]. En el ejercicio de sus potestades discrecionales, la protección de los recursos naturales se convierte en una *magnitud ubicua*, presente en el conjunto de las ramas especiales del Derecho administrativo, no sólo la ambiental, si bien no puede imponerse en cualquier ponderación, sino que ha de hacerse efectiva con diferente fuerza según la proximidad con la materia en cuestión. De todos modos, el art. 20a GG no atribuye potestades de intervención independientes de la ley ni crea nuevos derechos subjetivos. Pero sí que insta a utilizar las formas de actuación ya disponibles en toda su amplitud: «La multicausalidad y las interrelaciones demandan una nueva orientación transversal. Las incertidumbres, las inseguridades y el conocimiento disperso llevan consigo la disolución, ampliación y el cruce de posiciones jurídicas. Los cambios dinámicos, los desarrollos graduales y los daños progresivos demandan una observación permanente y una dedicación a las consecuencias del comportamiento propio y ajeno» [147]. La observación, la información, el mantenimiento de circuitos que permitan actualizar con rapidez la cooperación con la economía y la sociedad, y la creación de estímulos para impulsar procesos de aprendizaje, se convierten en nuevas funciones administrativas, al lado de las conocidas tareas de ordenación y prestación [148]. Como ya ocurría con el

[145] En sentido parecido, KLOEPFER, *DVBl*, 1996, p. 73 (79 y 80).

[146] Sobre la creciente importancia de los márgenes administrativos de apreciación, DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 460 ss., y LADEUR, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibiltät*, p. 111 (128 y 129), quien propone un margen de experimentación según el modelo de las decisiones de tipo planificador.

[147] Así, HILL, en BÖHRET y HILL, *Ökologisierung des Rechtssystems*, p. 208 (209); en parecido sentido, el Dictamen de la Comisión de Expertos sobre Asuntos Ambientales *(SRU-Gutachten)* de 1994, núm. 76.

[148] Sobre la importancia de la cooperación en el marco del art. 20a GG, *vid.* PITSCHAS, en LÜDER, *Staat und Verwaltung*, p. 269 (269 y 270).

fin social del Estado, el art. 20a GG también amplía la posición autónoma del Ejecutivo dentro de las funciones del Estado.

C. FORMAS DE ACTIVIDAD Y RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

77. La integración en la sistemática del Derecho administrativo de los cambios habidos en las tareas administrativas ha de hacerse mediante una serie de pasos intermedios, condicionados más por la imaginación y la plausibilidad que por rígidas deducciones dogmáticas. Pasos intermedios necesarios son, a este respecto, los conceptos heurísticos que suministra la doctrina de las formas o modalidades de la actividad administrativa * (I), y la identificación de distintas clases de responsabilidades de los poderes públicos y, en especial, de la Administración ** (II). Mientras que la doctrina de las formas de la actividad administrativa examina diferentes *situaciones dogmáticas básicas*, relativas a las relaciones de los particulares con la Administración, el concepto de responsabilidad de la Administración se refiere a distintas *modalidades de realización* de las tareas administrativas. En tanto que la primera teoría se ocupa de poner de relieve las necesidades de protección que aparecen en determinadas situaciones administrativas específicas, la graduación de la responsabilidad sirve para analizar el reparto de papeles entre los poderes públicos y la sociedad en ámbitos concretos, para identificar ámbitos de actuación complementaria y para contribuir además a una sintonía de los instrumentos empleados. Estos dos conceptos representan etapas diferentes del desarrollo de la dogmática jurídico-administrativa. Mientras que la vieja teoría de las modalidades de la actividad administrativa responde a la protección del individuo frente a la Administración, la doctrina más reciente del escalonamiento de la responsabilidad, que sólo empezó a desarrollarse en relación con la problemática de la privatización, apunta a las condiciones estructurales de la actuación administrativa [149].

* *N. del T.:* Entre nosotros más que de tipos de Administración *(Verwaltungstypen)*, que es la expresión que se utiliza en el texto, se suele hablar de formas o modalidades de la actividad administrativa (policía, fomento, servicio público, etc.), que es la traducción por la que se ha optado.

** *N. del T.:* La idea de responsabilidad administrativa a que se alude en el texto *(Verwaltungsverantwortung)* es distinta y no debe confundirse con la responsabilidad patrimonial de la Administración *(Amtshaftung)*.

[149] Para un examen detallado de los aspectos jurídicos y de teoría del Estado del concepto de responsabilidad, *vid.* PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, en especial, pp. 240 ss. Sobre la estructura del concepto de responsabilidad, *vid.* SACHS, *DVBl*, 1995, p. 873 (876 ss.), con ulteriores referencias bibliográficas.

I. La doctrina de las formas o modalidades de la actividad administrativa

78. El enfoque funcional perseguido por la doctrina de las formas de la actividad administrativa cuenta con tradición en la ciencia jurídico-administrativa desde que Ernst FORSTHOFF, en su escrito «la Administración como entidad prestadora de servicios», emprendió la labor de conectar el análisis sociológico con la dogmática jurídica mediante el concepto de la *procura existencial* [150]. Los avances cognoscitivos que permite alcanzar tal método de aproximación, pero también sus límites, se pueden comprender bastante bien repasando los distintos modos de entender el concepto de procura existencial a lo largo de la historia [151]. La doctrina de la procura existencial ha propiciado la apertura de la dogmática jurídico-administrativa a los cambios en las funciones del Estado y la ha llevado de una conceptualización fuertemente normativista a otra de carácter teleológico-institucional, más atenta al fin de las instituciones. Pero, por otro lado, el concepto de procura existencial ha mantenido siempre unos perfiles poco claros. Si bien al principio designaba sólo las prestaciones públicas esenciales para la vida, más tarde se incluyeron en él toda clase de prestaciones de la Administración, con independencia de si atienden o no necesidades vitales [152]. También se distingue entre un concepto estricto de procura existencial, limitado a los servicios y prestaciones en especie de la Administración, y un concepto más amplio, comprensivo de las prestaciones dinerarias, en especial, de las prestaciones sociales [153]. Y asimismo hasta la fecha es una cuestión discutida si el concepto de procura existencial desempeña una función dogmática [154] o sólo heurística [155]. A pesar de estas inseguridades, el concepto de la procura existencial ha abierto a la ciencia del Derecho administrativo una "nueva dimensión" [156], porque consiguió expresar con precisión las exigencias de

[150] Escrito reproducido también en dos capítulos del libro de FORSTHOFF, *Rechtsfragen der Leistungsverwaltung*, pp. 22 ss.

[151] BADURA, *DÖV*, 1966, pp. 624 ss.; MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, pp. 81 ss.

[152] FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, pp. 370 y 372: incluye, junto a la actividad económica en el sentido indicado, la actividad administrativa que implica ejercicio de autoridad, en la medida en que, de acuerdo con su regulación, atribuya directamente al particular prestaciones y ventajas.

[153] En este sentido, por ejemplo, RUFNER, en *HStR*, vol. 3, § 80, núm. marg. 6, que en el concepto amplio de procura existencial pretende encuadrar, incluso, la garantía de la seguridad y el orden público; en contra de esta última ampliación ya se manifestó FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, p. 370, nota 3.

[154] Así, RONELLENFITSCH, en *HStR*, vol. 3, § 84, núm. marg. 48.

[155] Así, OSSENBUHL, *DÖV*, 1971, p. 513 (516); MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel*, pp. 104 ss. Mantiene una postura intermedia RUFNER, en *HStR*, vol. 3, § 80, núm. marg. 51: no es un concepto jurídico en el sentido estricto del término y, por lo tanto, sólo puede servir de punto de apoyo para la producción de consecuencias jurídicas de modo muy limitado.

[156] Así, BADURA, *DÖV*, 1966, p. 624 (625); en parecido sentido, E. R. HUBER, en *FS für Forsthoff*, p. 139, para quien ha abierto una nueva época en la doctrina del Derecho administrativo.

seguridad jurídica del particular frente a una nueva función administrativa de gran envergadura y estructurada de diferente manera. En esta función heurística, la doctrina de las formas de la actividad administrativa puede ayudar a «desarrollar un nuevo conjunto de categorías clasificatorias certeras, a partir de las cuales resulte en verdad posible una presentación sistemática» [157]. El material obtenido de los distintos sectores de referencia en cuanto a instituciones jurídicas, modelos de regulación y planteamiento de problemas puede ser, así, objeto de reelaboración bajo puntos de vista más generales.

1. *Actividades de ordenación y prestación*

79. Se trata de conceptos bien conocidos que, sin perjuicio de ciertos solapamientos y rasgos comunes, se suelen presentar como categorías opuestas. La *actividad de ordenación* * es, según su imagen tradicional, aquella que se ocupa de la evitación de peligros [158]. La Administración reacciona ante situaciones concretas y dominables. Se trata de una Administración de vigilancia, que interviene ocasionalmente, en especial mediante órdenes, prohibiciones y controles de apertura, en sectores regidos por lo demás por sus propias reglas de actuación. La actividad de ordenación se vale principalmente de instrumentos regulatorios o imperativos, y pone límites a la persecución de intereses privados. Por eso, se trata típicamente de una actividad restrictiva de derechos que se desarrolla en el seno de relaciones jurídico-administrativas bilaterales [159]. La reserva de ley, la exigencia de predeterminación normativa, el principio de proporcionalidad y el efecto suspensivo del recurso contencioso-administrativo en las demandas de anulación constituyen los mecanismos de protección del particular frente a la actividad de ordenación de los poderes públicos.

80. De todos modos, este tipo de actividad no se ha quedado anclado en su imagen tradicional. La moderna actividad de ordenación va más allá de la evitación de peligros concretos, comprendiendo también la sospecha de peligro y adentrándose en el ámbito de la prevención de riesgos. Esto ha provocado, al mismo tiempo, un cambio en sus instituciones jurídicas: la Administración no se limita ya al empleo de técnicas regulatorias, sino que se vale también de instrumentos de advertencia y recomendación, del acuerdo previo y del

[157] FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, p. 369; *vid.*, también, MENGER, *DVBl*, 1960, pp. 297 ss.

* *N. del T.:* La actividad de ordenación *(ordnende Verwaltung)* vendría a equivaler a lo que, entre nosotros, usualmente se denomina actividad de policía (también así en el Derecho alemán, *Polizeirecht*), limitación o garantía.

[158] Cfr. WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht III*, § 122 V b; MAURER, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 15.

[159] WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 3, núm. marg. 5; *vid.*, también, FABER, *Verwaltungsrecht*, § 20, introducción al apartado I.

entendimiento. La relación bilateral de intervención-defensa ha evolucionado hacia una relación jurídica multilateral. En cuanto tal, la actividad de ordenación no es una categoría superada, sino expresión de una función pública realmente importante y necesaria, que ha de hacer frente también a nuevos potenciales de peligro. El alcance de este tipo de actividad se extiende hoy desde el Derecho de la seguridad de los productos peligrosos hasta la prevención del abuso de drogas. Pese a todas estas ampliaciones, se mantiene, de todas formas, la estructura básica del modelo, un principio de distribución entre las esferas de lo público y lo privado que parte de la ingerencia del Derecho en la esfera privada, y que, por lo tanto, contempla como una función importante del Derecho la minimización de dicha ingerencia. Partiendo de este enfoque, resulta difícil, en el marco de este tipo de acción administrativa, abrir paso, por ejemplo, a la revisión de autorizaciones ya otorgadas, reconocer discrecionalidad en su otorgamiento o fijar las cargas de colaboración o el reparto de la carga de la prueba en función del potencial peligroso de las actividades privadas en lugar de hacerlo según la estructura formal de la relación administrativa [160].

81. La actividad *de prestación* * es, por el contrario, aquella «que vela por la posibilidad de existencia y mejora de las condiciones de vida de los miembros de la comunidad, fomentando directamente la persecución de sus propios intereses mediante la concesión de ayudas o servicios» [161]. Comprende la procura existencial (en sentido estricto), la Administración social, así como la actividad de fomento a través de subvenciones. Un problema común a todos estos ámbitos parciales es el de la participación del ciudadano en las prestaciones. Dicha participación puede verse en peligro por diferentes razones, que el Derecho ha de conjurar utilizando técnicas funcionales. Así como en el caso de la procura existencial se trataba de someter la actividad administrativa bajo formas jurídicas privadas, las cuestiones que hoy en día revisten importancia como objeto de regulación son las relativas a la participación equitativa en recursos limitados, a la estabilidad de la oferta de servicios y a la calidad de las prestaciones. Pero, a este respecto, también se debe poner de manifiesto el peligro que supone, en cuanto amenaza para la autorresponsabilidad del ciudadano, la dependencia que puede resultar del monopolio administrativo y de la duración e intensidad de las relaciones de prestación [162]. La atribución de derechos a obtener prestaciones, el intento de extender a este ámbito la doctrina de la reserva de ley, el dogma de la autovinculación de la Administración, el acto administrativo favorable y

[160] Cfr. NIERHAUS, *Beweismaß und Beweislast*, en especial, pp. 387 ss.

* *N. del T.:* La actividad de prestación *(leistende Verwaltung)* comprendería las dos modalidades de actuación administrativa que, entre nosotros, se denominan usualmente de fomento o estimulación y de servicio público o prestación.

[161] Así, WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 3, núm. marg. 6.

[162] WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht III*, § 137 I b.

su irrevocabilidad, el contrato administrativo, así como la imposición de especiales deberes de información y asesoramiento, constituyen respuestas del Derecho administrativo a estas necesidades de regulación [163]. De todos modos, el desarrollo de esta modalidad de la acción administrativa tampoco se ha detenido en la relación jurídico-administrativa bilateral, como relación sencilla y ocasional, sino que ha puesto de relieve la permanencia y multilateralidad de las relaciones jurídicas. Las evidentes consecuencias gravosas que las prestaciones pueden tener sobre terceros (como, por ejemplo, competidores o entidades de refinanciación), obligan a contrarrestar jurídicamente la tentación de atender a la ligera cualquier demanda de prestación (*vid.* 2/41; 4/82-87).

2. *Nuevas formas de actividad administrativa*

82. Para reflejar los cambios habidos en las funciones de la Administración y, consiguientemente, en las necesidades de regulación jurídico-administrativa, se recurre hoy a algunos nuevos tipos de actividad administrativa. Así, el concepto de «actividad administrativa infraestructural» pretende llamar la atención sobre la actuación de la Administración en el seno de relaciones jurídicas multilaterales, categoría en la que cabe incluir, como supuestos típicos, los planes y la actividad normativa [164].

a) Actividad administrativa de dirección

83. En un sentido similar, hablamos aquí de actividad administrativa de dirección. Este concepto pretende reflejar aquellos supuestos en los que la Administración despliega una amplia actividad de control y fomento sobre sectores completos de la vida social, económica o cultural [165]. Las funciones directivas se pueden desarrollar a partir de actividades de ordenación o prestación, y son expresión de una responsabilidad más intensa de los poderes públicos, que no cabe satisfacer con la simple resolución de los casos singulares, sino que requiere medidas de planificación. Esta planificación supone, a su vez, una respuesta a la disminución de recursos, tanto sociales como públicos, y a los resultados de la investigación aplicada en el campo de la ecología y la economía, que ha despertado la conciencia sobre los efectos a largo plazo y sobre terceros que pueden derivarse de cualquier acción.

[163] Cfr. FABER, *Verwaltungsrecht*, §§ 24-30; WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht III*, §§ 137 y 138; SCHENKE, *DÖV*, 1989, pp. 365 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *VR*, 1989, pp. 37 ss.

[164] Fundamental, al respecto, FABER, *Verwaltungsrecht*, §§ 19, y 31 a 34.

[165] BADURA, *DÖV*, 1966, p. 624 (630); MAURER, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 17; como Administración configuradora o planificadora, en BROHM, *VVDStRL*, vol. 30, p. 245 (258 y ss.).

En efecto, las autorizaciones para el emplazamiento de instalaciones y el otorgamiento de subvenciones no constituyen sólo resoluciones favorables, sino que a menudo desatan consecuencias más amplias sobre una determinada situación ambiental o de mercado. Tales decisiones, al igual que las que adoptan las autoridades reguladoras, han de tener en cuenta los intereses de los agentes del mercado, competidores, consumidores y usuarios, y efectuar una composición de los mismos.

84. Una manifestación jurídico-administrativa de la actividad de dirección es la *resolución administrativa compleja*, a través de la cual se ha de regular un difícil entramado de relaciones entre intereses diversos —divergentes y convergentes, concurrentes y conflictivos—. Por parte de la Administración, a menudo intervienen en su dictado una pluralidad de órganos. También resultan complejos, por regla general, los fundamentos normativos de tales resoluciones, que hay que reunir y conjuntar a partir de leyes muy diversas, y que contienen notables márgenes de pronóstico, configuración y ponderación [166]. Así pues, existe, en estos casos, una gran necesidad de contar con directrices para la aplicación de las leyes adoptadas en un nivel decisorio intermedio. La legislación urbanística y de ordenación del territorio, conocida en relación con estas resoluciones complejas, ha reaccionado, al respecto, con la construcción de un sistema de planeamiento escalonado, que intenta situar la decisión sobre el caso concreto en un contexto deductivo (*vid.* 6/80) [167]. Sin embargo, en otros sectores faltan estos apoyos. En tales casos, el Ejecutivo puede verse incapaz de cumplir con su función de adoptar una decisión adecuada a las circunstancias e intereses en presencia y de encontrar aceptación para la misma, sobre todo teniendo en cuenta que la *conexión* entre los contenidos de la resolución puede dificultar notablemente los controles y rectificaciones posteriores *.

85. La construcción dogmática de las resoluciones administrativas complejas ya ha sido emprendida, pero no se ha concluido todavía [168].

[166] *Vid.*, al respecto, SCHMIDT-ASSMANN, *VVDStRL*, vol. 34, p. 221 (223-227); HOPPE, en *FG BVerwG*, p. 295 (297-299); J. BURMEISTER, *UTR 1988*, pp. 121 ss.

[167] Cfr. las cláusulas de adecuación a la ordenación territorial (por ej., § 1.4 del Código Urbanístico —*BauGB*—, § 4.1 de la Ley de Ordenación del Territorio —*ROG*—), y además la cláusula de escalonamiento de planes del § 8.2, y el principio de sujeción al planeamiento del § 8.1, segundo párrafo, todos ellos del Código Urbanístico —*BauGB*—.

* *N. del T.:* El § 1.4 *BauGB* exige la adecuación de los planes urbanísticos a los fines de la ordenación territorial; y el § 4.1 *ROG* la observancia por los poderes públicos de los fines de la ordenación en la adopción de planes y medidas con proyección espacial. El § 8.2 *BauGB* prevé la adecuación del plan de edificación o plan urbanístico vinculante *(Bebauungsplan)*, *Verbindlicher Bauleitplan* al plan de usos de suelo o plan urbanístico preparatorio *(Flächennutzungplan, Vorbereitender Bauleitplan)*. Y el § 8.1, segundo párrafo, la adecuación al plan de edificación de las demás medidas necesarias para la ejecución del Código urbanístico.

[168] Fundamental, al respecto, SCHMIDT-PREUß, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 495 ss. y 550 ss.

En efecto, la doctrina de las relaciones jurídicas intenta configurar las estructuras de intereses complejas como *relaciones jurídico-administrativas plurilaterales*, en las que la Administración tiene el deber de tomar en consideración por igual y de manera neutral todos los intereses en presencia, mientras que a los propios interesados les pueden corresponder también ciertos deberes de respeto y cargas de colaboración entre sí *. Por otro lado, dentro de la doctrina sobre las formas jurídicas de actuación administrativa, tales resoluciones tienen encaje, sobre todo, en la figura del *acto administrativo de doble efecto* (*vid.* 6/54). Los ejemplos van desde las dispensas urbanísticas hasta las autorizaciones de instalaciones y decisiones sobre regulación de mercados en materia de energía y transporte, pasando por las decisiones relativas al reparto de subvenciones. A través del concepto de acto administrativo se han podido desarrollar estándares comunes relativos al procedimiento, revisión de oficio y revocación, invalidez de este tipo de resoluciones y garantías del administrado. Sin embargo, la construcción sistemática de las resoluciones administrativas complejas que se presentan bajo otras formas jurídicas distintas del acto administrativo se encuentra menos avanzada. En este sentido, la discusión sobre los efectos jurídicos de los planes administrativos se ha dado por finalizada en un estadio muy temprano; y la posibilidad de desarrollar una actividad directiva mediante formas contractuales todavía ha sido menos investigada hasta la fecha, aunque en la práctica se conocen numerosos tipos de convenios, acuerdos y sistemas de negociación complejos (*vid.* 6/63).

b) Actividad administrativa de mediación

86. Cabe hablar de una actividad administrativa de mediación en aquellos casos en que la Administración no se presenta ejerciendo una función decisoria, sino dando asesoramiento, información o ayuda para la constitución u organización de entidades privadas. Las manifestaciones de esta modalidad de acción administrativa han sido catalogadas por vez primera de forma sistemática en el Derecho administrativo social, por ejemplo, en relación con los servicios sociales [169], pero no se limitan al ámbito de lo social. Por ejemplo, la Ley del *Land* Baden-Württemberg de fomento de la pequeña y mediana empresa de 16 de diciembre de 1975 (*Boletín Oficial —GBl—*, p. 861) muestra de forma elocuente la gama de posibilidades de esta actividad de mediación: asesoramiento a empresas, fomento de la cooperación, información, documentación, investigación y desarrollo orientados a la peque-

* *N. del T.:* Este tipo de relaciones se asemejan a lo que, entre nosotros, se conoce como procedimientos trilaterales, triangulares o también como actividad arbitral de la Administración.

[169] *Vid.*, al respecto, PANKOKE, *DV*, 1988, pp. 429 ss.

ña y mediana empresa, y apertura de mercados extranjeros. La actividad de mediación se basa en la comunicación [170]. También cabe incluir aquí la asesoría de proyectos y todos aquellos servicios administrativos para los que se ha impuesto la denominación de *management*.

87. Desde un punto de vista sistemático, la actividad de mediación está relacionada con los conceptos de autonomía y propia responsabilidad *(Sebstverantwortung)* y autoorganización, frente a los cuales hace entrar en juego el papel complementario de la Administración [171]. La actividad de mediación puede conducir, de este modo, a una «dogmática del Estado social autorregulativo» [172]. Sólo a primera vista este tipo de actividad parece suscitar menos problemas para el Derecho administrativo que los medios regulatorios de la orden y la compulsión, pues de un examen más atento se desprende que sus riesgos no son menores, sino distintos [173]. Así, se plantean cuestiones relativas a la garantía de la neutralidad de una Administración que primero se ha involucrado en el asunto como intermediaria, pero después tiene que decidir tomando distancia. Ello se ha de tener en cuenta en la configuración de un Derecho del procedimiento administrativo adecuado a esta finalidad de mediación.

II. Niveles de responsabilidad de los poderes públicos

88. El concepto de responsabilidad tiene en cuenta el catálogo completo de funciones públicas, y pretende determinar el modo y la medida en que su cumplimiento corresponde a la Administración. La responsabilidad desempeña, en este caso, el papel de un concepto *heurístico*: permite poner en relación, en cada sector concreto, las prácticas habituales, las nuevas demandas de protección y las disposiciones existentes sobre funciones y organización; pero del mismo sólo cabe extraer consecuencias de carácter dogmático-jurídico cuando exista la correspondiente base normativa, que podrá ser esclarecida y enriquecida, pero no suplida mediante reflexiones propias de la teoría del Estado [174]. Dentro del mencionado abanico de responsabilidades, las situaciones extremas se pueden caracterizar mediante los conceptos de "responsabilidad marco" y "responsabilidad de cumplimiento".

[170] Cfr. CZERWICK, *DÖV*, 1997, pp. 973 ss.

[171] § 4.2 de la Ley citada de Baden-Württemberg: «La autoayuda se antepone a la ayuda estatal». *Vid.* PANKOKE, *DV*, 1988, p. 429 (431); HUFEN, *VVDStRL*, vol. 47, p. 142 (156 y 157); también, SCHUPPERT, *AöR*, 1989, p. 127 (141 y 142).

[172] Cfr. HOFFMANN-RIEM, aportación al debate, *VVDStRL*, vol. 47, p. 210 (212); allí, en la p. 209, también mi referencia al concepto de Administración mediadora.

[173] *Vid.*, al respecto, expresivamente, PANKOKE, *DV*, 1988, p. 429 (434 ss.).

[174] TRUTE, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, p. 167 (198); HOFFMANN-RIEM, *DVBl*, 1996, p. 225 (229 ss.).

1. *Responsabilidad marco y de cumplimiento*

89. La *responsabilidad marco* viene a expresar la responsabilidad básica que incumbe a los poderes públicos de garantizar que la composición de intereses entre particulares se produzca de forma compatible con el bien común [175]. Por eso, esta responsabilidad se satisface principalmente mediante la aprobación de normas de Derecho privado, incluido el Derecho privado especial, como, por ejemplo, la legislación de arrendamientos y de protección del consumidor (*vid.* 6/14-15). El sistema garantizador se basa en pretensiones de Derecho privado cuya satisfacción se deja a las vías judiciales civiles. De todos modos, las demandas en defensa de intereses colectivos y la información a los consumidores ponen de manifiesto la existencia, también en este caso, de tránsitos hacia el ámbito de lo público: en primer lugar, en forma de persecución de intereses privados comunes y —avanzando en la escala de intensidad del compromiso de los poderes públicos— también, en su caso, de competencias administrativas. El Derecho de la competencia muestra de forma elocuente ese tránsito de la protección frente a la competencia desleal organizada con métodos de Derecho privado, a la defensa de la competencia por parte de la Administración como elemento estructural del mercado. Ya aquí resulta evidente la complementariedad y, hasta cierto punto, intercambiabilidad de las técnicas del Derecho privado y del Derecho administrativo (*vid.* 6/28-30).

90. La *responsabilidad de cumplimiento* de las funciones públicas delimita el polo opuesto dentro del espectro de responsabilidades públicas. En este caso, los poderes públicos, es decir, sobre todo la Administración, asumen la entera responsabilidad sobre el correspondiente ámbito social. Las exigencias de protección por parte del Derecho administrativo dependen de las modalidades de cumplimiento previstas por el Derecho y puestas a punto por la práctica. Estas modalidades de cumplimiento constituyen fases.y situaciones características del desempeño de funciones, para las que se precisan determinados dispositivos de carácter personal, técnico y organizativo. Así, cabe distinguir, por ejemplo, entre tareas de ejecución singular de las normas, planeamiento y control. También se pueden clasificar en funciones decisorias, de prestación material y financiación. Estas mismas distinciones ponen ya de manifiesto que, incluso en los ámbitos en los que la Administración asume una responsabilidad de cumplimiento, también hay presentes actividades privadas (*vid.* 3/62). Así, el cumplimiento de la mayor parte de las funciones de prestación exige como mínimo la asistencia técnica de empresas privadas.

[175] En este sentido, TRUTE, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, p. 167 (198).

2. *Niveles de responsabilidad intermedios*

91. Entre el simple establecimiento del marco normativo y la responsabilidad de cumplimiento de una determinada función, se extiende toda la gama de distintas clases de responsabilidad, con fronteras flexibles entre sí [176]. La doctrina distingue, entre otras, las siguientes formas de responsabilidad: de vigilancia, de seguimiento, de fomento o bien de financiación, de asesoramiento y organizativa. Así, por ejemplo, como consecuencia de los fenómenos privatizadores, surge para la Administración una responsabilidad de seguimiento de la transformación de las estructuras del mercado y de cobertura de las carencias transitorias de aprovisionamiento de bienes y servicios [177]. Y, en otro orden de cosas, cuando la Administración entabla una estrecha relación de cooperación con los poderes corporativos y está dispuesta a asumir decisiones importantes tomadas por éstos o a proporcionales un reconocimiento general, asume entonces una responsabilidad organizativa, que le obliga a vigilar que dichas organizaciones cuenten en su estructura con una representación suficientemente amplia de los intereses en presencia (*vid.* 5/8, 55-57). Precisamente, el Estado cooperativo requiere la existencia de tales garantías para disciplinar los intereses particulares y las estrategias de actuación de tales organizaciones. Hans-Heinrich TRUTE distingue, en el ámbito de la cooperación, entre una responsabilidad sobre el resultado de la misma, una responsabilidad de garantía, cuando los servicios se prestan por entidades privadas, y una responsabilidad de regulación y coordinación en relación con la actividad económica y las infraestructuras [178]. «En un campo de intereses multilateral y multidimensional ha de seguir siendo posible asegurar la concordancia práctica entre los mismos» [179]. El fundamento de todos estos niveles de responsabilidad se encuentra en la responsabilidad —básica— de cobertura o garantía del Estado, que, ante situaciones concretas, debe ofrecer directrices para que se produzca una utilización y sincronización, adecuada a la índole de las funciones, de las posibilidades de actuación de la Administración y los particulares.

[176] Cfr. RITTER, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 207 (231 ss.).

[177] Sobre esto, BAUER, *VVDStRL*, vol. 54, p. 243 (279 y 280).

[178] En HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, p. 167 (199 ss.).

[179] Así, HOFFMANN-RIEM, *DVBl*, 1996, p. 225 (230).

CAPÍTULO CUARTO *

LA AUTONOMÍA DE LA ADMINISTRACIÓN, EN LA ENCRUCIJADA ENTRE SU DIRECCIÓN Y SU CONTROL

A. EL MARCO INSTITUCIONAL: LA SEPARACIÓN DE PODERES

1. La cláusula del Estado de Derecho y el principio democrático que lucen en la Constitución representan decisiones fundamentales y conformadoras para el entero ordenamiento, en la medida en que tienen por objeto garantizar, de un lado, que el proceso de adopción de las decisiones públicas se lleve a cabo de forma articulada y, de otro, que los resultados que se obtengan estén impregnados o presididos por la racionalidad (*vid.* 2/2-5) [1]. Pues bien, el principio de la división de poderes asume e incorpora *ambas* opciones del constituyente y las expresa a través de una organización adecuada a las mismas. Fue Otto MAYER el primero que tuvo ocasión de abundar en la importancia que para el Derecho administrativo posee el citado principio [2]. De acuerdo con este autor, los pilares que lo sustentan son la idea de la moderación en el ejercicio del poder y la de la separación de los poderes. De este modo, MAYER preconizaba una concepción estática

* Traducción de Mariano Bacigalupo Saggese (núms. 1-69) y de Blanca Rodríguez Ruiz (núms. 70-87).

[1] Sobre los diversos significados que comprende el mandato de racionalidad, *vid.* SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 454 ss.

[2] *Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 55 ss. Le sigue FLEINER, *Institutionen*, pp. 9 ss. Por el contrario, L. VON STEIN subraya la significación de la interacción unitaria o conjunta de los órganos (*Verwaltungslehre*, vol. 1, pp. 14 ss.).

de la división de poderes. Su función era la de disciplinar la actuación administrativa siguiendo el modelo, en lo posible, de las formas de actuación judiciales [3]. Por el contrario, la separación de poderes que postula la Ley Fundamental no es tributaria de un principio de separación puro, sino de una concepción que hace hincapié en la conformación o construcción, en la interacción, así como en el equilibrio de los poderes del Estado [4]. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), al poner de relieve esta doble dimensión del principio de separación de poderes, afirma: «La distinción y separación de carácter organizativo y funcional de los poderes que la Ley Fundamental postula como principio sirve desde luego a la división o reparto del poder político y de las competencias, pero también al control de los titulares del poder; lo que pretende es que las decisiones públicas se adopten, en la medida más amplia posible, correctamente, esto es, por aquellos órganos que, por su organización, composición, función y procedimiento de actuación, dispongan de las mejores condiciones al efecto. Asimismo, el principio de separación de poderes persigue facilitar una moderación del poder público en su conjunto» [5].

2. Si la Constitución le ha asignado a cada uno de los poderes públicos distintas estructuras organizativas y procedimentales, habrá que establecer sus relaciones para hacer posible la distribución de las diversas funciones del Estado [6]. En el marco de las grandes decisiones de atribución de funciones adoptadas en la propia Constitución, «el principio político de limitación de los poderes [...] se traduce, así pues, en un modelo organizativo» [7]. Lo que se pretende determinar es la capacidad específica de rendimiento del titular de cada función, su capacidad de asimilar y elaborar la información, sus posibilidades de decidir de forma escalonada, su capacidad de reaccionar de manera flexible, etc. (*vid.* 5/21-23). El estudio y la reflexión acerca de cuál sea la estructura más adecuada de cada uno de los órganos para el mejor desempeño de sus funciones contribuye a contemplar desde una perspectiva constitucional unitaria toda una serie de concretas cuestiones jurídico-dogmáticas, tales como la pretendida eficacia vinculante

[3] «El Estado de Derecho significa el sometimiento de la Administración, en la medida más amplia posible, a las formas de la Justicia» (*Der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung*). Cfr. *Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 62 y 131.

[4] HESSE, *Verfassungsrecht*, núm. marg. 482; KREBS, *Kontrolle*, pp. 49 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1, § 24, núms. margs. 47 y ss.; PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, p. 536. Los diversos elementos de este principio constitucional están expuestos en la obra de STERN, *Staatsrecht*, vol. 2, § 36. Sobre la génesis del mismo, *vid.* FENSKE, en BRUNNER, CONZE y KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 2, pp. 923 ss.

[5] *BVerfGE*, 68, 1 (86). Al respecto *vid.* HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, pp. 95 ss.

[6] Sobre esta cuestión *vid.* los análisis detenidos de STAUPE, *Parlamentsvorbehalt*, pp. 201 ss., y de PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, pp. 538 ss.

[7] En palabras de PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, p. 538.

de las disposiciones administrativas internas * o los parámetros del control judicial de la discrecionalidad administrativa [8].

3. Naturalmente, un enfoque funcional de estas características entraña el peligro de relativizar la fiabilidad de los enunciados o postulados jurídicos [9]. Y es que formular juicios sobre las funciones de un órgano o sobre la adecuación de sus funciones a su estructura orgánica requiere de una previa labor valorativa sin duda compleja. Tales valoraciones son, por lo general, el resultado de un proceso intelectual que, desde el punto de vista metodológico, no es posible descomponer en cada uno de sus elementos y que en algunos de sus pasos descansa más sobre consideraciones de experiencia que sobre deducciones normativas incontestables. Es cierto que la idea de una nítida separación de poderes, en virtud de la cual se le atribuiría a cada uno de sus titulares un haz de competencias perfectamente delimitado, parece presentar la ventaja de una mayor certidumbre o fiabilidad. Frente a tal modo de razonar se ha de recordar, sin embargo, que con la referencia a la separación de poderes como principio jurídico se trata de "transponer" o de "reconducir" un principio político al terreno de la dogmática jurídica. Este proceso no es posible sin pasos u operaciones intermedias [10]. La concepción simplista de una rígida separación de poderes pretende generar una seguridad o certeza mayor de la que realmente puede ofrecer. Y los matices u operaciones intermedias los proporcionan conceptos *bisagra* o puente como los de *competencia* y *responsabilidad* **: la competencia como elemento o nexo de unión entre el mandato de actuación y la función, y la responsabilidad como elemento de confluencia entre la autonomía y el sometimiento a control [11]. Tales conceptos invitan a analizar las distintas disposiciones constitucionales referidas a los titulares de las diversas funciones de un modo sistemático, con objeto de ofrecer una visión panorámica o de delinear así un cuadro comprensivo de los procedimientos operativos o de las formas de actuar, y de las interacciones orgánicas típicas de cada función. En este análisis —y síntesis también— de textos nor-

* *N. del T.*: Nos referimos a las *Verwaltungsvorschriften*, equivalentes en buena medida a nuestras instrucciones de servicio o circulares internas de la Administración (art. 21 LRJ-PAC).

[8] HILL, *Funktion der kommunalen Selbstverwaltung*, p. 22; OSSENBÜHL, en *DÖV*, 1980, pp. 545 ss. (549 y 550).

[9] A este respecto, *vid.* la crítica que formula LECHELER, en *NJW*, 1979, pp. 2273 ss. Su punto de vista ya fue contestado, sin embargo, por KLAUSER, en *NJW*, 1980, pp. 753 ss.

[10] *Vid.*, en una línea próxima a la aquí expuesta, BROHM, en *DVBl.*, 1986, pp. 321 ss. (326).

** *N. del T.*: Responsabilidad (*Verantwortung*), aquí, no en sentido indemnizatorio, sino como sinónimo de cometido, función o tarea a desempeñar. *Vid.* nota final en el número 26 del Capítulo Primero.

[11] Por ejemplo, en lo que concierne a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, *vid.* HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, pp. 103 ss. Por lo que respecta a la posición del Poder Judicial, *vid.* VOSSKUHLE, *Rechtsschutz*, en particular, pp. 94 ss. y 256 ss. Cfr. también ZIMMER, *Funktion - Kompetenz - Legitimation*, especialmente pp. 329 ss.

mativos inciden asimismo reglas de experiencia sobre comportamientos típicos de una organización en situaciones determinadas [12].

4. Igualmente, por otro lado, una interpretación funcional, como la que acaba de describirse, debe enfrentarse con realidades que en la doctrina han sido identificadas como síntomas de crisis de la separación de poderes [13], a saber: desplazamientos internos de poder entre los titulares de las diversas funciones, siendo un ejemplo muy ilustrativo de ello la creciente influencia de la burocracia ministerial sobre el procedimiento legislativo; y, unido a lo anterior, el acceso masivo a todos los poderes y cargos públicos por parte de los partidos políticos. La responsabilidad ya no se exige, dado que controladores y controlados confluyen a partir de lealtades de partido o corporativas. A la vista de los fenómenos en que se manifiesta, así pues, el llamado "Estado cooperativo" *, ¿no ha perdido la separación de poderes ya hace tiempo su fuerza estructuradora?

5. Frente a tales dudas se ha de tener presente, sin embargo, que la Ley Fundamental no parte de una concepción de los poderes públicos como entes aislados y separados de las fuerzas sociales. La interacción entre los titulares de los cargos públicos y los representantes de los intereses sociales no constituye como tal, por lo tanto, un fenómeno patológico. El Estado cooperativo no es sólo una realidad, sino que como cooperación estructurada debe en sí misma formar parte del orden constitucional (*vid.* 1/48-49). Como se ha demostrado recientemente, por ejemplo, en la organización del sistema científico (*vid.* 3/40-41) [14], las organizaciones de intermediación pueden desarrollar, si la interacción con las mismas se ordena adecuadamente, un "antagonismo funcional" que facilita el equilibrio de las fuerzas e incrementa la racionalidad del proceso político. Eso sí, en este contexto resultan inadmisibles aquellas manifestaciones que comporten unilateralidad; una composición de intereses que no se funde en la ponderación y en el equilibrio; o la acumulación continuada y duradera de poder privado. La doctrina de la separación de poderes ha sabido siempre en el pasado generar ideas constructivas [15]. En este contexto,

[12] *Vid.*, por ejemplo, en lo que se refiere a la relación existente entre las estructuras organizativas y la protección de derechos fundamentales, *BVerfGE,* 83, 130 (149 y ss.) y 238 (332 y ss.). Sobre este tema *vid.*, con carácter general, SCHNAPP, en *VVDStRL*, vol. 43, pp. 172 ss.

[13] *Vid.*, con carácter fundamental, W. WEBER, en W. WEBER (ed.), *Spannungen und Kräfte*, pp. 152 ss.; STETTNER, en *JöR*, 1986, pp. 57 ss.

* *N. del T.:* Con esta expresión se alude en la moderna doctrina alemana a las cada vez más frecuentes e intensas relaciones informales de cooperación, consulta, etc., entre, de un lado, los poderes públicos (en particular, las Administraciones públicas) y, de otro, los agentes sociales y económicos, así como particulares en general. *Vid.* también nota al número 45 del Capítulo Primero.

[14] BRAUN, *Steuerung der Wissenschaft*, pp. 391 y 392.

[15] Sobre esta cuestión, *vid.* STERN, *Staatsrecht*, vol. 2, § 36 V.; BECKER, *Gewaltenteilung*, en particular, pp. 81 ss. y 240 ss. Véase también la concepción de una democracia "de vía

no sólo a la teoría de la dirección, sino también a la del control, con todas las potencialidades que la misma conlleva, le corresponde desempeñar una función estelar (*vid.* 4/54-55, 70). Una separación de poderes entendida, en mayor medida que hasta ahora, en clave procedimental puede atraer elementos procedentes de diversos ámbitos y combinarlos entre sí de manera novedosa. Según BENZ, «no sólo la toma en consideración de la actuación informal del Gobierno y de la Administración permite obtener claridad suficiente sobre la complejidad real de la política, pues para ello resulta también necesario estudiar la interacción entre las decisiones que se adoptan conforme al principio de mayoría, aquellas otras que son fruto del consenso y, en fin, los procesos descentralizados de comunicación que acompañan y complementan tanto a las primeras como a las segundas» [16]. En definitiva, la finalidad fundamental de la separación de poderes, a saber: generar racionalidad a través de estructuras diferenciadas, no se halla hoy en día superada, ni fáctica ni jurídicamente.

6. La *Unión Europea,* como organización basada en un "modelo *de múltiples niveles*", comporta, por su parte, nuevos desplazamientos de poder y, asimismo, nuevas interacciones y entrelazamientos (*vid.* 7/27, 31-33). En este sentido, resulta notoria la creciente importancia del poder ejecutivo (*vid.* 1/57). Este crecimiento tiene su origen, por un lado, en la función normativa que se atribuye a los Gobiernos nacionales representados en el Consejo y, por otro, en la posición destacada que le corresponde a la Comisión como institución ejecutiva [17]. No por ello, sin embargo, la Administración del espacio comunitario se convierte en un ente monolítico que opere conforme a criterios unitarios, pues genera nuevos procedimientos de control internos —por ejemplo, entre la Administración propia de la Comunidad y las Administraciones nacionales llamadas a aplicar el Derecho comunitario (*vid.* 7/2-11)—. Se trata de un fenómeno paralelo al de los efectos de separación de poderes que produce en el Estado federal la articulación horizontal de las Administraciones. No obstante, permanece el problema de la creciente pérdida de significación de los Parlamentos nacionales. Éste debe paliarse a través de una práctica de consultas, fluida y eficaz, conforme al procedimiento previsto en el art. 23.3 GG *.

múltiple" (*"mehrspurige" Demokratie*) postulada por H. H. KLEIN, en *Festschrift für Helmrich*, pp. 255 ss.

[16] BENZ, en SEIBEL y BENZ, *Regierungssystem und Verwaltungspolitik*, p. 83 (100).

[17] Sobre esta cuestión, *vid.* el análisis detenido de BRENNER, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 217 ss.

* *N. del T.:* «El Gobierno Federal deberá conceder al *Bundestag* la oportunidad de pronunciarse con anterioridad a su participación en el proceso de adopción de actos normativos de la Unión Europea. El Gobierno Federal deberá tener en cuenta los pronunciamientos del *Bundestag* en el marco de las negociaciones. La Ley regulará los pormenores».

B. LA SIGNIFICACIÓN DE LA LEY PARLAMENTARIA

7. La piedra angular de la separación de poderes es la ley parlamentaria [18]. La ley es el lugar de encuentro que sintetiza los objetivos que subyacen a la garantía que representan tanto la cláusula del Estado de Derecho como el principio democrático [19]: la ley es, a la vez, garante de una conformación social ahormada por los principios propios de un Estado de Derecho y, por otro lado, medio o instrumento de legitimación democrática. La ley estructura los procesos de decisión y delimita los ámbitos funcionales de los poderes [20]. Ella es, al mismo tiempo, límite y mandato para la Administración [21]. La ley establece sus potestades y mandatos de actuación, prescribe los objetivos a seguir por la planificación administrativa y marca las líneas maestras de la organización de las Administraciones públicas (*vid.* 2/10, 67). En todas sus acciones la Administración está vinculada por la ley (principio de *primacía de la ley*). Y en muchos ámbitos aquélla sólo puede operar sobre la base de una previa ley habilitante (principio de *reserva de ley*).

I. Las potencialidades de la ley y sus límites

8. Naturalmente, deben tenerse presente asimismo otras premisas constitucionales de signo contrario. Así, el propio art. 20.3 GG no sólo se refiere a la vinculación del ejecutivo a la Ley, sino también a la Constitución. A ello debe añadirse la eficacia vinculante que reclama para sí el Derecho comunitario europeo, cuya creciente expansión incide directamente sobre la Administración, pues le impone otros muchos parámetros jurídicos a los que ha de sujetar su acción. Proporcionalmente, la Constitución y el Derecho comunitario no son sólo fuentes de vinculación complementarias de la ley, sino aun antes fuentes de vinculación concurrentes que bien pueden disputarle a la ley la pretensión de ser el principal instrumento programador de la actuación administrativa (*vid.* 2/11-12). Si, no obstante lo anterior, a la vinculación de la Administración a la ley parlamentaria le reservamos un lugar central en la dogmática del Derecho administrativo, es porque la ley sigue siendo, a pesar de todo, el instrumento adecuado para la estructuración de los procesos operativos. Sin su efecto legitimador, que acota y facilita la aplicación e interpretación del Derecho, no sería

[18] BADURA, *Staatsrecht*, F, núms. margs. 5 y 6; BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, p. 381; DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 160 y 161.

[19] EICHENBERGER, *VVDStRL*, vol. 40, p. 7 (10); KIRCHHOF, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 59, núms. margs. 140 y 141.

[20] Al respecto, *vid. BVerfGE*, 90, 286 (389 y 390).

[21] *Vid.*, con carácter fundamental, SCHEUNER, en *DÖV*, 1969, pp. 585 ss.

posible alcanzar la necesaria transparencia del proceso decisorio administrativo.

9. La significación de la ley parlamentaria en el marco del Derecho administrativo, propio o característico de un Estado democrático de Derecho, no se pone en cuestión por intensa que sea la crítica que pueda merecer la actual práctica legislativa. Como se sabe, la crítica es constante [22] y se presenta como crítica institucional y como crítica al modelo de programación y de dirección de la Administración, y, a través de la crítica del parlamentarismo actual, desemboca a menudo en el terreno, más amplio, de la crítica al sistema político general: los fenómenos que se suelen denunciar son la "avalancha normativa", la falta o "déficit de armonización normativa", la "huida a las cláusulas generales", la "debilidad normativa", la llamada "legislación simbólica", etc. Las consecuencias que se extraen de aquí, sin embargo, divergen y hasta resultan contradictorias frecuentemente. Así, nos encontramos a veces con el desconcertante panorama de que a la vez que algunos reivindican una mayor contención legislativa, otros claman cada vez más por la, a su juicio, necesaria intervención del legislador. Por lo que se refiere a la Administración, no es infrecuente que donde algunos observan un exceso de vinculación legal, otros, sin embargo, denuncien la existencia de ámbitos de autonomía administrativa excesivamente amplios. Naturalmente, la crítica que se formula a la ley parte a menudo de la concepción idealista de una legislación que se gobierna a sí misma por la razón, y cuyos valores axiológicos permanentes encontrarían su lugar en una bien ponderada codificación. Cabe dudar, sin embargo, de que las leyes administrativas hayan respondido alguna vez a tal modelo de legislación. Ya en los comienzos del Derecho administrativo era común que se lamentase la avalancha legislativa y los cambios demasiado vertiginosos del Derecho aplicable [23]. Hay que tener presente, en cualquier caso, que en la realidad de la democracia parlamentaria la ley es, ante todo, un instrumento de la política [24].

10. De todos modos, la Constitución contiene previsiones cuya finalidad es la de orientar la política hacia la adopción de decisiones legislativas lo más racionales y beneficiosas posibles para el interés general. A este fin sirven las normas de distribución de competencias, de organización y aquellas otras que, en general, contienen parámetros

[22] *Vid.* las exposiciones de EICHENBERGER, *VVDStRL*, vol. 40, pp. 7 ss., pp. 15 y 16; STERN, *Staatsrecht*, vol. 2, § 37 IV; SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 9 ss.; también, HILL, *Zunstand und Perspektiven der Gesetzgebung*; recientemente, VON BEYME, *Der Gesetzgeber*.

[23] *Vid.* ya F. F. MAYER, *Verwaltungsrecht*, p. IV. También GRAWERT ha puesto de manifiesto los tenues límites ya existentes en el Derecho público de la monarquía constitucional entre leyes singulares, leyes-medida y leyes de vigencia limitada en el tiempo [cfr. *Der Staat*, 1984, fascículo 7, p. 113 (142)].

[24] BADURA, *Staatsrecht*, F, núm. marg. 14; H. H. KLEIN, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 2, § 40, núm. marg. 17; OSSENBUHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 61, núms. margs. 21 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 375 ss.

de obligada observancia para el legislador. Las potencialidades de la ley y sus límites deben valorarse a la vista de este contexto. Helmuth SCHULZE-FIELITZ ha descrito de manera muy pormenorizada la interrelación funcional en que se desenvuelve la multitud de parámetros, establecidos directamente en la Constitución o bien derivados de la misma, que se deben observar tanto en la fase prelegislativa como durante la tramitación parlamentaria y en la fase procedimental postlegislativa [25]. Desde esta perspectiva cabe darse cuenta de que algunos aspectos que, aisladamente considerados, parecen merecedores de crítica, pueden tener perfectamente una significación positiva si se los valora en su contexto [26]. En definitiva, no procede minusvalorar la crítica a la ley, pero tampoco se puede ignorar que dicha crítica en modo alguno ha podido conmover el papel central que la ley tiene en el sistema de garantías propio del Estado democrático de Derecho [27]. No existe ninguna alternativa a la ley (*vid.* 2/84).

11. La ley obtiene sus cualidades específicas del procedimiento del que emana, caracterizado por la legitimidad democrática inmediata del órgano que la adopta; por las variadas posibilidades de intervención y participación de las que gozan las distintas fuerzas y entes que expresan la pluralidad tanto política como normalmente también territorial; por la publicidad del proceso decisorio, así como la (relativa) estabilidad de las decisiones alcanzadas, teniendo en cuenta siempre los procedimientos disponibles que permiten una composición de intereses lo más amplia posible [28]. A ello cabe añadir el carácter general de las normas legales. No es éste, ciertamente, un elemento definitorio esencial del concepto de ley, pero sí una cualidad que normalmente la acompaña como instrumento decisivo que le permite, desde la distancia que le es propia, desplegar su carácter garantista en un Estado democrático de Derecho [29].

[25] SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 213 ss. y 255 ss.; *vid.*, asimismo, LERCHE, en LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren*, p. 97 (en particular, pp. 109 ss.).

[26] *Vid.* SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 280 ss. y 573.

[27] Así lo pone acertadamente de manifiesto DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 161 y 162; en la misma línea, con fundamentación teórico-discursiva, HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, p. 211; a la misma conclusión llega asimismo, desde una perspectiva empírica y de ciencia política, VON BEYME, *Der Gesetzgeber*, pp. 358 ss.

[28] SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, p. 154; TRUTE, *Forschung*, pp. 232 ss. Resulta especialmente gráfica la exposición de las diversas fases procedimentales y de las formas de intervención que corresponden a cada una de ellas que realiza H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, §§ 5 y 6.

[29] *Vid.* OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 61, núms. margs. 11 y 12; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, § 3 (donde se aportan mayores referencias).

II. Principios que informan la regulación legislativa

12. La pretensión directiva o programadora del legislador en relación con la Administración se funda en dos títulos jurídicos: de un lado, la capacidad del Parlamento de regular —esto es, de *aprehender normativamente*— cualesquiera ámbitos o materias; de otro lado, la reserva de ley.

1. *La capacidad del Parlamento de regular cualquier ámbito o materia*

13. La capacidad del Parlamento de regular o aprehender normativamente cualquier materia es un título amplio que sólo cuando es invocado y utilizado garantiza, de conformidad con el principio de primacía de la ley, la influencia del legislador en los ámbitos por él regulados. Si no se utiliza, no altera la existencia de competencias concurrentes del Parlamento y del Poder Ejecutivo. Desde el punto de vista material, la capacidad reguladora del Parlamento tiene toda la amplitud que quepa imaginar. Se extiende desde la esfera jurídica del ciudadano, pasando por la organización de los poderes públicos hasta las zonas de cooperación entre la sociedad y estos últimos. La ley puede agotar perfectamente el espectro completo de las posibilidades regulatorias. Tradicionalmente las leyes administrativas ponen el énfasis en la regulación material o sustantiva, mientras que a los aspectos procedimentales suelen reservarles una función más bien accesoria. Aunque no cabe ignorar que en los tiempos más recientes proliferan también leyes administrativas, particularmente en el ámbito del Derecho ambiental y de la seguridad técnica, que otorgan una significación mayor a los aspectos procedimentales y organizativos. Estas leyes no se limitan a regular la organización administrativa, ya que se extienden también a la organización y estructura de los operadores privados. La legislación presupuestaria, por lo demás, dispone de otras potencialidades regulatorias igualmente muy importantes (*vid.* 2/85). La mezcla e interoperabilidad de las diversas formas de programación han alcanzado en la práctica legislativa un grado de desarrollo muy superior al hasta ahora percibido y asimilado por la dogmática jurídico-administrativa.

14. No se ha demostrado que determinados ámbitos materiales de la vida pública o social no puedan ser regulados por el legislador. Ni la esfera privada ni otros ámbitos de autonomía constitucionalmente garantizada excluyen *per se* la posibilidad de una intervención legislativa. A lo sumo se hallan limitadas la forma y la intensidad de dicha intervención. Cuando menos el legislador puede establecer en tales

ámbitos disposiciones básicas (o marco), límites y normas de procedimiento. Tan sólo constituyen límites precisos a la intervención legislativa la prohibición constitucional de limitar derechos fundamentales a través de leyes de caso único (art. 19.1 GG), la prohibición de hacer un uso abusivo de las formas jurídicas contrario al Estado de Derecho, así como la prohibición de que el legislador penetre en el ámbito funcional nuclear o esencial del Poder Ejecutivo. Estos límites, que son de naturaleza estructural, y no tanto material, se ven complementados por la directiva político-constitucional según la cual las regulaciones legales deben procurar tener un alcance general (*vid.* 4/11).

2. *La reserva de ley*

15. La reserva de ley[30], esto es, la cuestión —de contornos más precisos que la recién tratada— relativa a cuándo es "necesaria la existencia de una ley" (W. JELLINEK), tiene para el Poder Ejecutivo un efecto directamente limitador de su ámbito competencial, ya que las materias alcanzadas por la reserva, que no hayan sido objeto de previa regulación legal, no pueden ser reguladas por la Administración. En tiempos, como los actuales, en que las situaciones y las exigencias varían muy rápidamente y en que la Administración es juzgada políticamente por su capacidad de reacción rápida, tal exigencia no es, desde luego, una obviedad. El carácter político de la doctrina de la reserva de ley ha sido admitido siempre a lo largo de su evolución histórica[31]. Tal carácter es también manifiesto en la actualidad. Todas las grandes transformaciones que inciden sobre la Administración —ya afecten a la técnica, la economía, la ciencia o el orden de valores vigente en la sociedad— han tenido su reflejo, por consiguiente, en la doctrina de la reserva de ley[32]. En este contexto pueden observarse *dos* líneas de evolución: la de una doctrina de la reserva de ley centrada en la actividad de intervención o limitación, y la de otra que opera en el plano u orden institucional[33].

a) La reserva de ley centrada en la actividad de intervención o limitación

16. El punto de partida de la primera línea de evolución lo constituyen los supuestos de intervención o limitación de derechos individuales por los poderes públicos. Por intervención o limitación se entendía inicialmente sólo la intervención jurídica de carácter *imperativo* operada con los medios propios del poder público, esto es, la coerción administrativa enderezada a generar en el administrado una acción, una omisión o la tolerancia de una acción de los poderes públicos o de terceros[34]. Sus grandes ámbitos de aplicación eran y continúan siendo los del Derecho de policía y del Derecho tributario. También están incluidos los supuestos de actividades prestacionales que comportan obligaciones de utilización o participación para los ciudadanos. De entre las diversas clases de actividad que comprende el Derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, es la actividad de intervención o limitación la que dispone del mayor número de mecanismos de garantía. Al mismo tiempo, constituye el punto de partida de aquellas otras construcciones garantistas que han servido para desarrollar un concepto ampliado de intervención o limitación. Sin embargo, se ha de tener mucho cuidado de no extrapolar sin más los estándares desarrollados para disciplinar la intervención o limitación imperativa a todos aquellos nuevos ámbitos de actividad que con el tiempo se han ido incorporando al campo de la reserva de ley.

17. La incorporación a la misma de estos nuevos ámbitos de actividad es el producto de desarrollos y evoluciones que más arriba hemos caracterizado aludiendo a la *sensibilización del Derecho administrativo por los derechos fundamentales* (*vid.* 2/48-54). En unas ocasiones se trataba de superar viejos dogmas que no resultaban ya compatibles

---

[30] Resultaría aquí necesaria una previa delimitación terminológica de dos conceptos muy próximos entre sí: por un lado, el de "reserva de ley" y, por otro, el también frecuentemente utilizado en este contexto de "reserva parlamentaria", para el que, a su vez, tampoco existe una terminología unívoca. Sobre esta cuestión, *vid.* STAUPE, *Parlamentsvorbehalt*, pp. 27 ss.

[31] *Vid.* JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, en particular, pp. 74 ss.; ERICHSEN, *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen*, pp. 148 ss.

[32] *Vid.* la exposición de STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 20, IV b, pp. 805 ss., y vol. 3/2, § 80 (Sachs); también OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 62, en particular, núms. margs. 26 y ss.

[33] Una sistemática parecida siguen: LERCHE, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5, § 121, núm. marg. 9; JARASS y PIEROTH, *Grundgesetz*, art. 20, núms. margs. 30 y ss., quienes distinguen entre reservas de ley vinculadas a la garantía de los derechos fundamentales y aquellas otras vinculadas al Derecho de organización (*grundrechtliche und organisationsrechtliche Gesetzesvorbehalte*). Por el contrario, la distinción entre una reserva de ley "democrática" y otra propia del Estado de Derecho (*"rechtsstaatlicher" und "demokratischer" Gesetzesvorbehalt*) no tiene otra utilidad que la de ordenar la evolución histórico-dogmática de este principio, ya que carece de cualquier otro plusvalor sistematizador. Si por ley, en el sentido a que se refiere la doctrina de la reserva de ley, se entiende sólo la emanada del Parlamento, entonces *todas* las reservas de ley persiguen intereses regulatorios democráticos y propios del Estado de Derecho. Es posible que el énfasis se ponga unas veces en lo primero y otras en lo segundo, pero lo decisivo sigue siendo que la doctrina de la reserva de ley habita en la zona de confluencia de ambos principios estructuradores de la Constitución. De ahí que el Tribunal Constitucional Federal englobe ambas perspectivas cuando utiliza el concepto de "reserva parlamentaria"; *vid. BVerfGE*, 58, 257 (268). Similar es la posición de STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 20, IV 4 b, p. 811. Nosotros partimos de ese mismo concepto, pero manteniendo el término "reserva de ley".

[34] Ésta es la fórmula que utiliza expresamente, por ejemplo, el art. 58 de la Constitución del *Land* Baden-Württemberg: «Nadie puede ser obligado a realizar una acción, a omitir una acción o a tolerar una acción de los poderes públicos o de terceros si no lo exige así o lo permite una ley o una disposición adoptada en virtud de una ley» (*«Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zulässt»*).

con las grandes ideas sobre las que descansa la Ley Fundamental. El ejemplo más notorio es el de la superación de las llamadas *relaciones de sujeción especial*[35], que determinó la necesidad, en particular, de proceder a una exhaustiva regulación y estructuración legal del Derecho escolar (*vid.* 2/25). La ley y la reserva de ley fueron aquí los instrumentos empleados para introducir transparencia y debate político en un ámbito que venía siendo regulado a través de opacas circulares administrativas. Por otro lado, la ampliación de la reserva de ley centrada en la actividad de limitación, determinada por la impronta de los derechos fundamentales, ha permitido al Derecho reaccionar frente a las nuevas técnicas de obtención y tratamiento de información que se utilizan por la Administración y frente a los peligros potenciales que las mismas comportan, en particular el empleo masivo del tratamiento electrónico de datos[36]. Pero la ampliación más importante que ha experimentado recientemente el concepto de intervención o de limitación es aquella que tiene por objeto responder a la transformación de las formas o instrumentos de actuación de que se sirve la Administración. A la intervención o limitación imperativa se han unido aquellas otras que tienen su origen en una actividad administrativa material o informal, es decir, las llamadas *injerencias finalistas indirectas,* que, adoptando normalmente la forma de medidas de información administrativa (advertencias sobre productos, recomendaciones, medidas de ilustración de la ciudadanía, etc.), tienen por finalidad desencadenar efectos indirectos de dirección o conducción del comportamiento de los particulares.

b) La reserva de ley institucional

18. Sin embargo, no es posible incorporar al ámbito de la reserva de ley decisiones organizativas de trascendencia y otras acciones administrativas complejas con base en una doctrina de la reserva de ley centrada en la actividad de intervención o de limitación. Es aquí donde debe operar la llamada reserva de ley institucional[37]. Su evolución se remonta al siglo XIX, pues tiene su origen en los debates habidos entonces entre el Gobierno y el Parlamento en torno a la distribución del poder de organización, inicialmente concentrado en la figura del monarca. Como señala KÖTTEN, «no sólo a través de la potestad presupuestaria del Parlamento la burguesía ha penetrado en el interior del Estado funcionarial monárquico. Para ello le ofrecieron una plataforma mucho más amplia aquellas reservas de ley institucionales cuya

[35] *BVerfGE,* 33, 1 (10 y 11).

[36] *BVerfGE,* 65, 1 (44). Sobre las consecuencias de esto último, *vid.* HAVERKATE, en *VVDStRL,* vol. 46, p. 217 (246 y 247).

[37] Sobre el mismo, *vid.* G. C. BURMEISTER, *Institutioneller Gesetzesvorbehalt,* pp. 47 ss.

finalidad real era la de forzar una organización administrativa acorde con la nueva organización constitucional»[38].

19. La reserva de ley institucional tiene en Alemania su mayor desarrollo en el Derecho constitucional de los *Länder:* allí es lo habitual que para la adopción de las decisiones fundamentales sobre la estructura, la ordenación territorial y el reparto competencial de la Administración del *Land* se exija, con independencia de los efectos de intervención o de limitación que las mismas puedan generar, una previa base legal[39]. Por el contrario, la Constitución federal es más prudente o moderada en lo referente al ámbito estricto de la organización, conteniendo tan sólo una serie limitada de específicas reservas de ley institucionales, que no permite su elevación a la categoría de dogma o principio general[40]. Si atendemos, sin embargo, a las reservas de ley a que se sujetan la garantía de la autonomía local (art. 28.2 GG), el régimen jurídico de los funcionarios (art. 33.5 GG), el régimen de los partidos políticos (art. 21 GG), la participación en la Unión Europea (art. 23.1 GG) y, en parte, las relaciones internacionales (arts. 24 y 59.2 GG), no se puede ignorar que también la Ley Fundamental parte de un principio de distinción entre ámbitos necesitados de una previa regulación fundamental parlamentaria y otros en que puede operar directamente la potestad organizatoria de la Administración. Según este principio, los elementos estructuradores o definitorios de instituciones consolidadas en un determinado ámbito social no pueden ser modificados ni transformados duradera o esencialmente por el Poder Ejecutivo sin que antes el propio legislador haya prefigurado las claves y las líneas maestras a que deban responder la modificación o transformación.

20. No es posible determinar a través de una fórmula abstracta cuáles son esos elementos estructuradores o definitorios de una institución. A tal efecto debe partirse de las reservas de ley institucionales expresamente establecidas en la Constitución. Los criterios que subyacen a las mismas pueden constituir pautas de orientación que sirvan para resolver las dudas que surjan en ámbitos próximos carentes de una regulación expresa. En particular, debe atenderse a la significación que las medidas organizativas de que se trate tengan para el sistema decisorio público en su conjunto. Para ello deben analizarse los efectos de todo tipo, incluso lejanos o más remotos, y especialmente los que

[38] KÖTTGEN, en *VVDStRL,* vol. 16, p. 154 (162), donde aporta mayores referencias. *Vid.* también GRAWERT, en *Der Staat,* 1984, fascículo 7, p. 113 (154 y 155).

[39] *Vid.* las referencias que aporta KÖTTGEN, en *VVDStRL,* vol. 16, p. 154 (163), así como SCHMIDT-ASSMANN, en *Festschrift für H. P. Ipsen,* p. 333 (341 y 342).

[40] Más diferenciado es el punto de vista de LERCHE, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz,* art. 86, núms. margs. 78 y ss. Respecto de algunas de estas específicas reservas de ley institucionales, *vid.* OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts,* vol. 3, § 62, núm. marg. 28, así como KREBS, en *Handbuch des Staatsrechts,* vol. 3, § 69, núms. margs. 58 y 59.

puedan vincular el contenido de otras decisiones que se adopten en el futuro. En este sentido, los análisis deben ir más allá del ámbito organizativo público, abarcando también las formas de cooperación entre el Poder Ejecutivo y el ámbito de la autoorganización social [41]. En este contexto, la doctrina de la reserva de ley y la propia ley tienen la misión de garantizar la legitimidad de las instituciones y de definir con claridad el alcance de sus respectivas atribuciones (*vid.* 5/29-31).

c) El criterio de la esencialidad

21. La orientación que ha adoptado la doctrina de la reserva de ley sobre la base de las dos líneas de evolución recién expuestas (la primera centrada en la actividad de intervención o limitación y la segunda en el plano u orden institucional) parte de ámbitos de reserva de ley concretos y admitidos con carácter general por la doctrina, que ésta se ha limitado a ir ampliando prudentemente. Lo que se ha pretendido es garantizar la solidez de las modificaciones de la doctrina de la reserva de ley inducidas por los cambios producidos en las funciones y técnicas operativas de la Administración a través de una comparación valorativa con las construcciones o estructuras clásicas hasta entonces conocidas. Permanece la duda, sin embargo, de si una transformación más profunda de la dogmática de la reserva de ley requiere, más allá de los criterios hasta ahora apuntados, de uno todavía más general que los anteriores. Tal criterio podría ser el de la esencialidad, que, como es sabido, ha sido utilizado en repetidas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) [42]. No obstante, este criterio debe administrarse con suma cautela. Es cierto que es precisamente este criterio el que ya estaba presente en los supuestos clásicos en que se ha manifestado la doctrina de la reserva de ley [43]. En este sentido, cabe decir que en perspectiva histórica la teoría de la esencialidad constituye un mero redescubrimiento, que no hace sino poner de relieve la cohesión interna de la doctrina de la reserva de ley.

22. Sin embargo, desde el punto de vista dogmático el criterio de la esencialidad carece de función propia [44]. Por un lado, se trata de un criterio que, si se lo entiende aisladamente, resulta muy indeterminado, pudiendo dar lugar a resultados casuales determinados por la actualidad, que, a su vez, pueden alimentar la especulación política. Por otro lado, es un criterio muy ambiguo, ya que desplaza a todos

[41] *Vid.* TRUTE, *Forschung*, pp. 242 ss.

[42] *BVerfGE*, 34, 165 (192 y 193); 40, 237 (245 y 245); 49, 89 (126); más referencias aporta STAUPE, *Parlamentsvorbehalt*, pp. 104 ss.

[43] *Vid.* GRAWERT, en CONZE y KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 2, p. 863 (905 y 906).

[44] A la misma conclusión llega OSSENBUHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 62, núm. marg. 46.

los demás criterios necesarios de naturaleza funcional, que atienden a la cuestión decisiva de la adecuación de los distintos órganos para la adopción de determinadas decisiones. Así, por ejemplo, es seguro que cabría encontrar buenos argumentos para exigir que los valores o niveles máximos (de contaminación, emisión de gases, etc.), tan habituales en el Derecho ambiental y de la seguridad técnica, fuesen fijados de manera más precisa por el propio legislador. Pero el carácter estático de la determinación de dichos valores o niveles se compadecería mal con la naturaleza dinámica del progreso técnico y científico [45]. El reparto de las competencias decisorias en el marco del sistema de separación de poderes no se puede llevar a cabo atendiendo a un solo criterio abstracto. Esto tampoco lo ha pretendido a todas luces el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), como lo acredita, por un lado, el que conecte el criterio de la esencialidad con aquel otro que atiende a la relevancia que las medidas o decisiones de que se trate tengan para los derechos fundamentales [46], y, por otro, el que contrapese el criterio de la esencialidad con otros criterios que, así, pueden limitarlo desde el exterior [47]. La hipotética aseveración de que todas las decisiones esenciales en una democracia deben ser adoptadas por el Parlamento no se correspondería con el principio constitucional de distribución de funciones que luce en la serie de concretas reservas de ley que la Constitución establece de manera diferenciada. Así como no existe una "reserva total de ley", tampoco existe una «reserva de ley total por razón de la esencialidad» [48].

23. De ahí que la discutida cuestión de si la *actividad prestacional de la Administración* está o no sometida a reserva de ley tampoco pueda recibir una respuesta unívoca. El punto de partida del análisis no puede radicar en el concepto genérico de Administración prestacional, sino que debe situarse en cada prestación concreta y en los efectos que la misma genere (*vid.* 3/81). Si se procede de este modo, no cabe concluir que la actividad prestacional de la Administración se halla *in genere* sometida a reserva de ley. Por el contrario, habrá que entender que determinadas prestaciones concretas, en razón de los peligros o riesgos específicos que puedan comportar, están sometidas a dicha reserva. Así, por ejemplo, cuando se trate de prestaciones que generen en sus destinatarios un alto grado de dependencia de las mismas, o se trate de prestaciones que puedan perjudicar de manera sensible a terceros, o, en fin, cuando formen parte de un nuevo sistema prestacional con implicaciones económico-financieras muy importantes [49]. También las insuficiencias del sistema de control de las subvenciones

[45] OSSENBUHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 62, núm. marg. 46.

[46] Así, por ejemplo, en *BVerfGE*, 77, 170 (230).

[47] En este sentido, *BVerfGE*, 68, 1 (86); 90, 286 (386 y 387).

[48] A la misma conclusión llega el Tribunal Constitucional Federal en *BVerfGE*, 68, 1 (109).

[49] Similar es la posición de VOGEL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 4, § 87, núms. margs. 11 y ss.; *vid.* también HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, pp. 419 ss.

y la escasa transparencia de una determinada prestación pueden ser razones que justifiquen la exigencia de una previa ley habilitante [50]. Por el contrario, en los supuestos de prestaciones o subvenciones de menor importancia o que se otorgan de manera casi automatizada parece suficiente la exigencia, recogida en la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos, de la previa consignación presupuestaria y de que las correspondientes prestaciones o subvenciones sean otorgadas en virtud de y con arreglo a unos criterios establecidos en circulares administrativas *. Los presupuestos pueden jugar, así, un papel complementario, aunque limitado, en el ámbito de la doctrina de la reserva de ley [51].

24. La extensión prudente y cautelosa que ha experimentado la doctrina de la reserva de ley pone de relieve la capacidad de adaptación que posee la dogmática jurídico-administrativa en uno de sus campos centrales. El legislador, a la hora de regular los nuevos ámbitos incorporados a la reserva de ley, no se ha limitado, sin embargo, a satisfacer tan sólo formalmente la exigencia de previa regulación legal. La actividad legislativa le ha llevado también a enfrentarse de una manera sustantiva con determinadas estructuras de intereses y a replantearse algunos mecanismos regulatorios tradicionales, tal y como se demuestra, por ejemplo, en el caso de la regulación de la protección de datos personales. De este modo, se han impulsado innovaciones, sobre todo en el camino hacia un nuevo ordenamiento de la información.

25. No obstante, habrá que preguntarse también a la inversa si el desarrollo experimentado por la doctrina de la reserva de ley no ha desencadenado asimismo una *juridificación* desmedida de la vida administrativa [52]. El análisis pone de manifiesto, sin embargo, cómo la doctrina de la reserva de ley, en su versión matizada que aquí se defiende, no tiene por qué abocar a una masa normativa sensiblemente más amplia que la actualmente existente, pudiendo, por el contrario, contribuir a la creación de regulaciones mejor ordenadas y, de este modo, más abarcables. La juridificación constituye un proceso estructurado (*vid.* 2/20-26). Las distintas clases de normas de las que dispone el sistema jurídico se hallan armonizadas entre sí. Por ello, la doctrina de la reserva de ley no conduce a una regulación legal total de todos los ámbitos. Allí donde normas de rango infralegal pueden satisfacer perfectamente una necesidad regulatoria, resta espacio para una regu-

[50] *BVerwGE*, 58, 45 (48); 75, 109 (117). *Vid.* también JARASS, en *NVwZ*, 1984, pp. 473 ss.

* *N. del T.*: El término alemán para referirse a las circulares en materia de subvenciones es "*Subventionrichtlinien*".

[51] En este sentido, *vid.* MUSSGNUG, en *VVDStRL*, vol. 41, p. 113 (122 ss.); IPSEN, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 4, § 92, núms. margs. 35 y ss. y 39; por el contrario, exige en estos casos una previa ley habilitante HAVERKATE, en R. SCHMIDT, *öffentliches Wirtschaftsrecht*, Parte Especial (*Besonderer Teil*), vol. 1, § 4, núms. margs. 29 y ss.

[52] En esta dirección apunta la crítica de JANSSEN, *Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, pp. 26 ss.

lación escalonada. Es en estos ámbitos donde el criterio de la esencialidad debiera operar como una máxima de la *política legislativa*, incidiendo en el sentido de limitar la intensidad regulatoria del legislador precisamente a los aspectos esenciales. De este modo, la doctrina de la reserva de ley, que, al menos primariamente, se ocupa tan sólo de señalar los supuestos en que se requiere una previa regulación legal, acaba influyendo también en la determinación del grado de precisión de la ley adecuado al objeto de regulación.

III. Las exigencias relativas al grado de determinación de las leyes administrativas

26. La ley no puede cumplir su función de garantía del Estado de Derecho y su función de legitimación democrática si sus regulaciones carecen de un grado suficiente de determinación o precisión [53]. Sin embargo, y como se ha puesto de manifiesto desde aquella parcela de la Ciencia de la Administración que se ocupa del estudio de los mecanismos de dirección de la misma *, resulta necesario, a la hora de abordar las exigencias relativas al grado de determinación de las leyes administrativas, atender al *tipo de programación normativa* empleado por éstas (*vid.* 2/8). En este sentido, la doctrina tradicional se ha fijado fundamentalmente en la estructura normativa propia de las leyes de programación material. En lo sucesivo, sin embargo, resulta imprescindible atender también a aquellas leyes que tienen por objeto una programación procedimental u organizativa (*vid.* 5/9-11). En esta línea, Winfried BROHM ha propuesto diferenciar entre imperativos legales, encargos legales, mandatos de optimización, habilitaciones legales y meros límites legales a la actuación administrativa [54]. El mandato de determinación de las leyes debe adaptarse a las singularidades de cada forma o tipo de programación legal, muy distintos entre sí.

1. La claridad normativa

27. La exigencia de determinación normativa implica, en primer lugar, que las normas sean (externamente) claras. La ley debe ser, desde el punto de vista lingüístico, comprensible, es decir, no debe ser ni en sí misma contradictoria ni engañosa [55]. El mandato de claridad normativa se refiere no sólo a los distintos elementos que componen

[53] Sobre este tema, *vid.* el análisis detenido de OSTERLOH, *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume*, pp. 93 ss.; PAPIER y MOLLER, en *AöR*, 1997, pp. 177 ss.

* *N. del T.*: Esta rama de la Ciencia de la Administración recibe en alemán el nombre de *Steuerungswissenschaft*, literalmente, «Ciencia de la dirección».

[54] BROHM, en HILL, *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, p. 217 (229).

[55] STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 20, IV 4 f, pp. 829 ss.; *vid.* también *BVerfGE*, 1, 16 (45).

el supuesto de hecho normativo, sino a la entera estructura normativa de cada precepto, incluida la consecuencia jurídica ordenada por éste. También se extiende a la inserción sistemática de cada precepto singular en la ley de la que forma parte, así como al conjunto de la programación vinculante contenida en una ley, incluidas las remisiones que ésta pueda comprender [56]. La satisfacción de este mandato exige, por todo ello, que el procedimiento legislativo cuente con una buena preparación técnico-legislativa, lo que incluye también la armonización de las distintas disciplinas o sectores del ordenamiento jurídico. Como se demuestra, por ejemplo, en el caso del Derecho ambiental, la práctica legislativa deja a este respecto bastante que desear [57]. Cuando las carencias comienzan afectando a la propia determinación externa de la ley, se traslada a la Administración una sobrecarga con ocasión de su aplicación (*vid.* 2/18). Si ya en el ámbito central de los parámetros legales que se han de observar no existe claridad sobre los elementos que componen los supuestos de hecho normativos, el Poder Ejecutivo no puede realizar eficazmente su función, de por sí difícil, de componer su propio programa de decisiones a partir de la multitud de parámetros que lo vinculan en su actuación. El mandato de claridad normativa rige con respecto a cualquier tipo de programación legal, con entera independencia de si la ley desarrolla una reserva de ley o, por el contrario, sirve a la libre configuración de un ámbito de actividad no sujeto a la misma.

2. *La determinación o precisión material de la ley*

28. En segundo lugar, el mandato de determinación normativa se refiere a la fuerza expresiva material de la ley. Esta determinación (interna) exige de la ley algo más que el ser comprensible desde el punto de vista lingüístico y técnico-legislativo. Aquí de lo que se trata es de que la ley disponga de una suficiente precisión programadora con vistas al destinatario de la norma. La exigencia de determinación de la ley ha sido considerada tradicionalmente un mandato comprendido en el principio de Estado de Derecho [58]. En tiempos más recientes se ha puesto de relieve también su dimensión democrática: en su faceta de "reserva parlamentaria" obliga al legislador a regular por sí mismo los aspectos esenciales o nucleares de un ámbito sujeto a reserva de ley. La exigencia de determinación equivale, así pues, a una prohibición de delegar dicha regulación esencial. Por el contrario, en ámbitos no sometidos a reserva de ley el legislador disfruta de una mayor libertad. Ciertamente, debe observar en todo caso el mandato de claridad nor-

[56] *Vid.* Jarass y Pieroth, *Grundgesetz*, art. 20, núm. marg. 44.
[57] *Vid.* Kloepfer y Messerschmidt, *Innere Harmonisierung des Umweltrechts*.
[58] *Vid.* Kunig, *Rechtsstaatsprinzip*, pp. 200 ss. y 396 ss.

mativa; materialmente, sin embargo, puede limitarse aquí, si lo prefiere, a establecer una regulación meramente parcial o a formular tan sólo amplios objetivos programáticos.

a) Determinación de la ley y leyes abiertas

29. Si consideramos la determinación de la ley como un problema de dirección de la Administración, es claro que de lo que se trata no es de conseguir que la aplicación de la ley sea lo más esquemática o automática posible. Los estrictos criterios por los que se rige la determinación de la ley penal (mandato de *lex certa*), establecidos en el art. 103.2 GG, no son extrapolables a las leyes administrativas. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha advertido acertadamente del peligro que comporta una concepción exagerada según la cual toda norma debiera ofrecer en todos los sentidos certeza absoluta [59]. Que esta advertencia haya sido formulada expresamente es muy importante, ya que la idea de que un grado mayor de vinculación legal constituye la situación mejor y más acorde con el Estado de Derecho goza de un nivel de aceptación muy difundida que la hace difícilmente combatible. No se comprende correctamente la vinculación de la Administración a la ley si se incurre en el error de considerar que cualquier forma de atenuación de la determinación legal constituye un déficit desde la perspectiva del Estado de Derecho. Para la Constitución los límites estructurales a que se halla sometida toda programación normativa, ya sólo por la necesidad de formular con los limitados medios del lenguaje un supuesto de hecho abstracto, son expresión de un estado de normalidad. Precisamente en este contexto se inscribe la utilización por el legislador de conceptos normativos indeterminados, de cláusulas generales [60] y de habilitaciones discrecionales [61]. La decisión legislativa singular o de caso único, como grado supremo de determinación legal, no constituye precisamente un estado ideal. Bien al contrario, el principio de separación de poderes lo que pretende es que también las instancias llamadas a aplicar la ley hagan una aportación sustancial al proceso de concreción jurídica [62].

30. Es más, algunas garantías constitucionales presuponen incluso —a la inversa— que las leyes reguladoras de determinados ámbitos sean en un grado elevado *leyes abiertas.* Así ocurre especialmente, de conformidad con lo establecido en el art. 28.2 GG *, con aquellas leyes

[59] *BVerfGE*, 80, 103 (108); *vid.* también *BVerfGE*, 47, 327 (385 y 386).
[60] *BVerfGE*, 8, 274 (326); 49, 89 (133); *vid.* también 87, 234 (263 s.). Aporta mayores referencias al respecto Stern, *Staatsrecht*, vol. I, § 20, IV 4 y 5, p. 830.
[61] *Vid. BVerfGE*, 49, 89 (144 y ss.), así como *BVerwGE*, 77, 214 (219).
[62] Dreier, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 170 y 171: «El carácter necesariamente abierto de las previsiones legales se revela en cierto modo como una virtud».
* *N. del T.:* Este precepto contiene la garantía constitucional de la autonomía local.

que afectan a la autonomía local [63]. Además, las leyes abiertas son un medio indispensable para hacer posible la necesaria flexibilidad y capacidad de innovación de la Administración frente a los desarrollos técnicos y económicos [64]. La práctica legislativa en el ámbito del Derecho ambiental y social ya hace tiempo que ha desarrollado los mecanismos oportunos al efecto, a través de conceptos normativos tales como "estado de la técnica" (§ 3.6 de la Ley de protección contra inmisiones *), "estado de la ciencia y de la técnica" (§ 7.2 de la Ley reguladora de la energía nuclear **), «objetivos de la ordenación del territorio y de la planificación territorial» (§ 1.4 del Código de Urbanismo ***), «estado comúnmente admitido de los descubrimientos médicos» (§ 2.1 del Libro V del Código Social ****), etc. Tales *cláusulas recepticias*, que por lo general combinan elementos sustantivos y procedimentales, y los procedimientos para su concreción deben incorporarse, justamente por la importancia creciente de los ámbitos sectoriales de referencia en que operan, en mayor medida que hasta ahora a la teoría general sobre la determinación de la ley y su aplicación administrativa [65]. Estas cláusulas deben ir acompañadas de otras "cláusulas de revisión posterior", esto es, mandatos legales de revisión de su contenido. Precisamente los importantes ámbitos a los que se extiende el Derecho de la seguridad técnica no se pueden regular adecuadamente si no es a través de la *procedimentalización* de las estructuras que sirven para la concreción de los supuestos de hecho de las normas. Algo parecido cabe decir, asimismo, de las leyes de organización (*vid.* 5/29-31).

b) Criterios puntuales

31. En algunos supuestos la propia Ley Fundamental precisa por sí misma las exigencias de determinación normativa que deben satisfacer ciertos tipos de leyes. La más importante de estas previsiones constitucionales es la contenida en el art. 80.1.2 GG, según el cual las leyes que habilitan el ejercicio de la potestad reglamentaria deben ofrecer un programa habilitante preciso en cuanto a su contenido, alcance y fin [66]. En la práctica, este mandato se reconduce a una fórmula que contiene una triple exigencia, a saber: que el legislador regule

[63] *Vid.* JANSSEN, *Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, pp. 128 ss.

[64] Sobre esta cuestión, *vid.* SCHULZE-FIELITZ, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 139 (172 ss.).

* *N. del T.: Bundesimmissionsschutzgesetz, BImSchG.*

** *N. del T.: Atomgesetz, AtomG.*

*** *N. del T.: Baugesetzbuch, BauGB.*

**** *N. del T.: Sozialgesetzbuch V, SGB V.*

[65] Resulta muy gráfica, en este sentido, *BVerfGE*, 49, 89 (133 y ss.).

[66] Sobre estas exigencias, *vid.* STERN, *Staatsrecht*, vol. 1, § 20, IV 4 c, pp. 815 ss.; OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 64, núms. margs. 13 y ss.

por sí mismo los aspectos esenciales o nucleares de la materia de que se trate; que ofrezca una programación lo suficientemente precisa de la regulación deferida al reglamento; y, en fin, que garantice la previsibilidad de esta última [67]. Con respecto a las normas estatutarias u ordenanzas las exigencias de determinación legal suelen ser menores [68], aunque pueden revestir mayor intensidad cuando se trate de habilitaciones para la adopción de actos de gravamen o desfavorables. Desde un punto de vista sistemático, pertenecen también al grupo de previsiones constitucionales específicas relativas a la determinación legal las exigencias, recogidas en el art. 110.4 GG, referidas al contenido —necesario y posible— de las leyes de presupuestos.

32. Cuando no existan previsiones constitucionales específicas al respecto, las exigencias generales de determinación legal deberán establecerse atendiendo a las características objetivas de la materia que se pretenda regular, a los derechos implicados y a las posibilidades que ofrezcan los procedimientos de concreción infralegal del contenido de la ley. El criterio principal es el relativo a las peculiaridades objetivas de la materia o ámbito objeto de regulación [69]. Las leyes que programan materialmente la actividad administrativa requieren de una estructura distinta a la de las leyes organizativas. Cuando se trate de ámbitos o materias en evolución (esto es, a los que es inherente un cierto dinamismo), estará legitimada la utilización de conceptos normativos con un fuerte componente de prognosis. Aun afectando al derecho de propiedad, se considera también constitucionalmente admisible una programación final o por objetivos del tipo de la que proporcionan las cláusulas de ponderación propias del planeamiento territorial y urbanístico (§ 1.6 del Código de Urbanismo —*BauGB*—), sin que sea necesario que sea la propia ley la que establezca criterios concretos para la valoración del peso relativo que en la ponderación corresponda a cada uno de los intereses a ponderar [70]. Si en un ámbito caracterizado inicialmente por la inseguridad de los conocimientos se alcanza con el tiempo un acervo de experiencias suficientes, cabe la posibilidad de que la regulación legal del mismo deba ser mejorada o precisada. Cuando se trate de materias a las que sean inherentes situaciones de riesgo, la forzosa e inevitable indeterminación de la ley que las regule debe ser compensada a través de márgenes materiales de seguridad o de cláusulas de revisión periódica [71].

33. También los *derechos fundamentales* tienen relevancia a la hora de establecer el grado de determinación legal constitucionalmente

[67] *BVerfGE*, 100, 323 (325 y 326).

[68] *BVerfGE*, 33, 125 (156 y 157); OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 66, núms. margs. 36 y 37.

[69] *BVerfGE*, 49, 89 (136 y 137); 76, 1 (74 y 75).

[70] *BVerfGE*, 79, 174 (198 y 199); *vid.* también *BVerfGE*, 80, 137 (161 y 162).

[71] *Vid.* DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Anforderungen*, pp. 168 ss.; SCHERZBERG, en *VerwArch*, 1993, p. 484 (505).

exigido (*vid.* 2/33-46). Los diferentes umbrales valorativos que ellos encarnan son indiciarios del rango de las situaciones jurídicas afectadas y de la intensidad de las intervenciones jurídicas [72]. Por ello, en la doctrina se distingue a veces entre un mandato de determinación legal específico referido a las leyes limitadoras de derechos fundamentales y otro general referido a cualesquiera leyes. Nosotros no seguimos esta distinción; porque la afectación de derechos fundamentales no es en el presente contexto sino *un* criterio para precisar la exigencia de determinación legal en cada caso. Una elevación automática de esta exigencia en función de la intensidad de la intervención o limitación operada, esto es, aplicando la fórmula «cuanto mayor sea dicha intensidad, mayor será también la exigencia de determinación legal», no está justificada. Precisamente el Derecho de la seguridad técnica, que atiende a bienes jurídicos de alto rango y valor, demuestra que la rápida evolución de las condiciones de vida puede exigir el empleo de estructuras normativas cuya determinación puede ser muy inferior a la exigida en normas reguladoras de otros ámbitos o materias de mucha menor importancia, pero, en cambio, de estructura más sencilla y abarcable y, por ello, más fácilmente regulables desde el punto de vista técnico.

34. La medida o el grado de la determinación legal exigida vienen asimismo determinados por el tipo y la estructura de los *procedimientos* operativos a través de los cuales las instancias competentes para aplicar la ley "elaboran" y "transforman" la indeterminación de esta última. La indeterminación de la ley es más tolerable cuando dichos procedimientos ofrecen garantías suficientes de que el proceso de concreción de la inicialmente vaga regulación legal se llevará a cabo de manera especialmente diligente y en condiciones de neutralidad respecto de los distintos intereses implicados [73]. La actividad legislativa y la de aplicación de la ley son entendidas de este modo como partes de un mismo *circuito directivo* en el que los procedimientos administrativos y jurisdiccionales tienen la función de compensar la indeterminación de la ley [74]. Quien debe determinar en detalle el tipo de procedimiento de concreción de la ley a seguir es el propio legislador. Al hacerlo puede atribuir a la Administración en supuestos justificados la potestad de adoptar la decisión última al respecto * (*vid.* 4/63-66). De ahí que la cuestión relativa a las facultades administrativas de apreciación, prognosis y ponderación, que habitualmente es tratada al abordarse el

[72] Sobre este tema, *vid.* KUNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, pp. 396 ss.

[73] *BVerfGE*, 33, 303 (341); 49, 169 (181).

[74] HILL, en *ZG*, 1995, p. 82 (85), quien habla de un "programa de aprendizaje" (*"Lernprogramm"*).

* *N. del T.*: La moderna doctrina alemana se sirve de la expresión *Letztentscheidungsbefugnis*, que emplea el autor, para referirse en términos generales al conjunto de facultades discrecionales y demás márgenes de decisión de los que goza la Administración —margen de apreciación, margen de prognosis, etc.—.

alcance y los límites del control judicial de la Administración, tenga, sin embargo, su ubicación sistemática adecuada en el marco de la teoría de la reserva y de la determinación de la ley.

35. De esta manera adquieren también relevancia para establecer la medida o el grado de la determinación legal exigida las diversas *formas jurídicas* de que se sirve la Administración para actuar. Pues son dichas formas de las que a menudo depende el tipo de procedimiento administrativo aplicable (*vid.* 6/33-38). Así, los procedimientos normativos para el ejercicio de la potestad reglamentaria gozan por lo general, por la mayor distancia que les es propia, de una cierta ventaja cualitativa frente a los procedimientos para la solución de casos singulares. Cuando una ley reclama que su aplicación tenga lugar como regla general a través de técnicas consensuales o convencionales, el legislador se puede conformar con un grado de determinación legal inferior al exigido cuando lo que hace es habilitar a la Administración para llevar a cabo una intervención imperativa o coercitiva en la esfera jurídica de los ciudadanos. Por el contrario, si no todos los afectados por la aplicación de una ley son incorporados a los procedimientos consensuales o cooperativos, se eleva automáticamente la exigencia de determinación legal. En ningún caso la ley puede exponer a terceros, sin su consentimiento y participación, al poder normativo de entidades privadas o corporaciones sectoriales de base privada, que no estén legitimadas bien democráticamente, bien por la pertenencia a las mismas de aquéllos, a no ser que el legislador haya establecido por sí mismo, al menos en sus aspectos esenciales, las limitaciones que en tal caso deban observarse [75].

C. LA AUTONOMÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

36. En el marco del orden funcional de división de poderes no sólo gozan de autonomía o independencia el Poder Legislativo y el Judicial, sino también el Poder Ejecutivo. Tal autonomía o independencia del Poder Ejecutivo constituye una premisa constitucional (*infra* I) que, traducida a términos de Derecho administrativo, nos lleva a concebir la discrecionalidad administrativa como una facultad global de actuación y ponderación (*infra* II).

I. La autonomía de la Administración como premisa constitucional

37. Según el art. 20 GG, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial se constituyen como funciones independientes del Estado. Ahora bien, esta independencia constitucionalmente amparada no significa "sobe-

[75] *BVerfGE*, 64, 208 (214 y 215); 78, 32 (36).

ranía". No se trata de un estado natural que dimane de una suerte de legitimidad preconstitucional, sino de una independencia constituida por el Derecho. No es función de la separación constitucional de los poderes disciplinar *a posteriori* el funcionamiento de poderes soberanos preexistentes. Lo que hace es valerse de sus diversas estructuras organizativas y de sus medios operativos para componer a partir de los mismos un conjunto articulado en cuyo marco las decisiones públicas son adoptadas de manera escalonada, responsable y controlada. Sólo se es (auto-) responsable si se es independiente [76]. Sólo órganos o titulares de funciones dotados de autonomía —que no subordinados y encargados de meras tareas ejecutivas— pueden contribuir al equilibrio y al incremento de la racionalidad del sistema en su conjunto. La idea de un Poder Ejecutivo férreamente encorsetado entre el Primer y el Tercer Poder, esto es, entre, por un lado, su programación o dirección por el Parlamento y, por otro, el control judicial de su actividad, resulta demasiado simplista como para poder expresar el peso relativo de cada poder pretendido por la Constitución [77]. En este contexto lo que procede es despojarse de fórmulas tradicionales, por muy asentadas que se encuentren. Como afirmaba Ulrich SCHEUNER ya en 1969, «no es posible a estas alturas aproximarse a los problemas desde la sola perspectiva de las antiguas ideas sobre la ley como límite y sobre la posibilidad de extender ilimitadamente el ámbito de férrea sujeción a la ley» de la Administración [78].

1. *La Administración dirigida por la ley* (gesetzesdirigierte Verwaltung)

38. La autonomía o independencia de la Administración se refleja particularmente en el espejo de su vinculación a la ley. Aquí cabe observar dos líneas de argumentación [79]. La primera atiende a la *estructura de los supuestos de hecho normativos.* Las regulaciones legales, por su propia estructura general y abstracta, pueden prever las circunstancias vitales altamente diferenciadas y cambiantes con las que diariamente se enfrenta la Administración de manera tan sólo incompleta. De ahí que, desde el propio punto de vista metodológico, la ejecución de la ley no se agote nunca en una mera deducción esquemática o automática de decisiones singulares ya prefiguradas por el legislador, sino que consista siempre en un proceso jurídicamente creativo en el que las instancias aplicadoras de la ley retienen espacios de decisión propia. Esta "necesidad de concreción ineludible" de la

[76] *BVerfGE*, 68, 1 (87).

[77] OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften*, pp. 187 ss.; STERN, *Staatsrecht*, vol. 2, § 41, III 1; BROHM, en *DVBl.*, 1986, p. 321 (329 y 330); SCHRÖDER, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 67, núm. marg. 28. *In extenso*, cfr. DREIER, en *DV*, 1992, pp. 137 ss.

[78] Así se manifestaba SCHEUNER en *DöV*, 1969, p. 585 (593).

[79] DREIER, en *DV*, 1992, p. 137 (146 ss.), quien aporta mayores referencias.

ley, en palabras de DREIER, no es ningún descubrimiento reciente. Está implícita en la concepción de la vinculación legal del Poder Ejecutivo que trasluce nuestra Ley Fundamental y ha sido reconocida por la doctrina constitucional (*vid.* 2/15-19). La ley no es un depósito de respuestas ya preparadas, sino que despliega sus efectos a partir de un proceso de concreción basado en un reparto de tareas entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo [80].

39. La segunda línea de argumentación tiene su punto de partida en las modulaciones de la doctrina de la reserva de ley (*vid.* 4/15-25). Según ésta, la Ley Fundamental deja al Poder Ejecutivo ámbitos de actuación en los que éste puede desarrollar autónomamente actividades sin previa habilitación legal, sin perjuicio, eso sí, de la posibilidad de que goza el legislador de regularlas si lo estima oportuno. Los ejemplos que se suelen mencionar, los de la Administración prestadora de servicios, planificadora y preparatoria de actividades [81], ponen de relieve que se trata de ámbitos amplios e importantes. Pero incluso dentro del ámbito de sujeción a la reserva de ley existen zonas de autonomía o independencia administrativa. Y es que la Constitución, al pronunciarse en contra de una determinación máxima de la ley y optar por criterios de determinación legal más flexibles, otorga al legislador la posibilidad de asociar a la Administración a la tarea conformadora a través de normas de delegación abiertas o incluso, a veces, encubiertas (*vid.* 4/28-35). Las contribuciones independientes de la Administración en estos ámbitos son, claro está, menores que en aquellos otros no sometidos a reserva de ley. Pero, aun así, tienen un peso sustancial, como se pone de manifiesto en la discrecionalidad normativa otorgada a la Administración conforme a lo establecido en el art. 80.1.2 GG (es decir, con predeterminación legal, en todo caso, del contenido, alcance y fin de la potestad reglamentaria atribuida).

40. Entre la reserva parlamentaria y la potestad del legislador de regular cualesquiera materias, por un lado, y los ámbitos administrativos de decisión propia, por otro, emerge en la realidad del moderno Estado legislador la imagen de una Administración dirigida por la ley [82]. Con esta expresión hacemos referencia a que la programación legal de la actividad administrativa se configura a lo largo de una escala, cuyos extremos, esto es, tanto la idea de una Administración completamente predeterminada por la ley como la de una Administración libre de toda dirección legal, sólo ocupan un lugar meramente

[80] SCHULZE-FIELITZ, *Parlamentarische Gesetzgebung*, pp. 135 ss.; PERNICE, *Billigkeit und Härteklauseln*, pp. 539 ss.; DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 165 ss.; *in extenso*, cfr. ya anteriormente W. SCHMIDT, *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung*, pp. 114 ss.

[81] Sobre estos temas, *vid.* LERCHE, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 83, núm. marg. 61.

[82] SCHMIDT-ASSMANN, en *VVDStRL*, vol. 34, p. 221 (231, 252); KREBS, *Kontrolle*, pp. 71 ss.; DREIER, en *DV*, 1992, p. 137 (145); *vid.* también WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 31, núms. margs. 1 y ss.

teórico. Ninguno de los dos extremos existen en la realidad. La idea de una "Administración libre de ley" es engañosa, pues siempre existirán al menos regulaciones de índole organizativa, presupuestaria o procedimental. Además, a éstas suelen añadirse, incluso en ámbitos escasamente regulados por la ley, normas de atribución de funciones, de determinación de objetivos y regulaciones marco. La distinción entre normas de programación condicional y de programación final ha puesto de relieve la pluralidad de tipos normativos y las diferencias estructurales existentes entre los mismos [83]. La discusión científica más reciente en torno a la programación y dirección legal de la actividad administrativa extiende incluso el espectro de tipos normativos más allá de la programación material, añadiendo a ésta la programación o dirección a través de normas marco, procedimentales y organizativas, cada una con pretensiones directivas y técnicas de vinculación propias [84]. Tampoco la Administración que actúa en régimen de Derecho privado es una Administración libre de ley, ya que halla su marco en el propio ordenamiento jurídico privado, que, no se olvide, ha atendido a los intereses del tráfico jurídico en masa, a través de normas sobre condiciones generales de contratación y protección de los consumidores, muchas veces de manera sustancialmente más diferenciada que el Derecho público (*vid.* 6/21-27). La idea de una Administración siempre dirigida por la ley hace confluir en un modelo unitario tanto la pretensión directiva de la ley como la autonomía de la Administración.

41. Las distintas formas en que se manifiesta la autonomía o independencia administrativa se rigen fundamentalmente por la estructura de las tareas y funciones y las modalidades de realización específicamente adecuadas a éstas. En este contexto es importante que la idea de Administración que manejamos en el ámbito de la teoría general del Derecho administrativo no esté dominada solamente por la de una Administración jerárquica de mera ejecución en sentido estricto (*vid.* 5/5-6).

— La *Administración ejecutiva* sigue siendo sin lugar a dudas un tipo de Administración importante y frecuente. Las grandes actuaciones administrativas en masa que nos encontramos en el ámbito de la Seguridad Social y de la gestión tributaria así lo demuestran. Ciertamente, las nuevas tecnologías han aumentado en tal medida la precisión del proceso de ejecución administrativa en estos sectores que la vieja metáfora de la máquina acuñada en la Teoría del Estado parece

[83] LUHMANN, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, p. 87; B. BECKER, *Öffentliche Verwaltung*, pp. 83 ss. y 453 ss., quien distingue además, dentro de los programas condicionales, entre programas de búsqueda, de selección y de trabajo (*Such-, Auswahl- und Arbeitsprogramme*).

[84] Sobre este tema, *vid.* SCHUPPERT, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 65 (72 ss.).

haberse convertido en realidad [85]. Pero aun en estos ámbitos la actividad administrativa no se agota en una ejecución esquemática de la ley. También aquí nos encontramos con decisiones que la ley no programa materialmente de manera completa. Así, por ejemplo, la Administración tributaria genera por doquier prácticas estandarizadoras, propicia la terminación convencional de los procedimientos de inspección, e incluso en el ámbito de la Seguridad Social la Administración pacta contractualmente las condiciones marco de la prestación del servicio sanitario. Cuando la ley sólo opera con conceptos cualitativos abstractos, «corresponde al Ejecutivo precisarlos y cuantificarlos, perfeccionando de este modo la ley con objeto de hacerla madura para ser aplicada» [86].

— Ya externamente resultan evidentes los importantes márgenes de actuación autónoma que cabe apreciar en el ámbito de la *Administración planificadora*. Esto es algo reconocido por todos, pero que, cuando se habla de la Administración en general, no es a menudo tenido suficientemente en cuenta. Los mandatos legales de planificación y la discrecionalidad de planeamiento son dos fenómenos que, como puso tempranamente de relieve la jurisprudencia, van típicamente unidas [87]. Ciertamente, la actividad planificadora está presente en casi todas las parcelas de la actuación administrativa. No sólo la encontramos allí donde se expresa en formas jurídicas determinadas, como sucede, verbigracia, en el ámbito de la ordenación territorial. También es característica de sectores de actividad administrativa como los de la promoción económica, la política del suelo, las infraestructuras, la gestión de personal o la política de adquisición de bienes y servicios (*vid.* 6/78-81).

— El Ejecutivo goza también de un tipo especial de margen de configuración en el ámbito de su propia *actividad económica*, en particular cuando ésta tiene lugar a través de empresas públicas. Con éstas se suelen perseguir distintos objetivos. Junto a los objetivos formales clásicos (beneficio, liquidez, crecimiento) se encuentran los objetivos materiales vinculados a las funciones o tareas públicas, que son las que justifican la creación de empresas públicas [88]. La concreta conformación de tales objetivos constituye un proceso decisorio complejo y plurifásico que, si bien se desenvuelve en el marco y con sujeción a las normas aplicables, no puede ser entendido como un supuesto de simple ejecución de la ley [89] (*vid.* 5/48-52).

— La Administración se beneficia asimismo de importantes márgenes de actuación en el amplio ámbito de la adquisición de bienes y servicios. La antigua administración de intendencia apenas mereció

[85] Sobre esta cuestión, *vid.* DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 36 ss.

[86] Éstos son los acertados términos que utiliza ISENSEE, en *StuW*, 1994, p. 3 (11).

[87] *BVerwGE*, 48, 56 (63).

[88] *Vid.* CHMIELEWICZ, en *HWÖ*, columna 1094 (1099).

[89] *Vid.* DIEDERICH, en *HWÖ*, columna 1835 (1862 y 1863).

en el pasado la atención del Derecho administrativo alemán. Sólo recientemente se está produciendo un cambio en este punto [90], impulsado por el Derecho comunitario (*vid.* 1/55). Ni la adquisición de bienes y servicios ni la adjudicación de obras son ya asuntos internos de la Administración. Hoy en día son ámbitos importantes de la política de conformación administrativa. En ellos se adoptan decisiones de gran trascendencia siguiendo un orden de preferencias específico y en el marco de procedimientos distintos de los habituales, caracterizados por los amplios márgenes de decisión que generan. También es éste un tipo especial de actividad administrativa *dirigida por la ley* que debe ser tenido en cuenta en el marco de la doctrina sobre la aplicación de la ley.

42. Las distintas formas de actividad administrativa autónoma o independiente pueden ser apreciadas no sólo en los diferentes ámbitos funcionales de la Administración. En este sentido, constituyen un aspecto o fenómeno horizontal los márgenes de actuación y de configuración de los que ésta goza en el marco de cada *procedimiento administrativo* [91], y que se manifiestan en actuaciones tales como la colaboración dispensada a los particulares en la formulación, mejora o subsanación de sus solicitudes, en la indicación de alternativas, en la obtención de los medios de prueba, en el manejo del factor tiempo o incluso, recientemente, la externalización de determinados trámites o fases procedimentales mediante su encomienda a instituciones privadas [92]. La aplicación administrativa de la ley no es sólo un problema de método, sino también un problema de tiempo. La mayor atención dispensada últimamente por la doctrina jurídico-pública al procedimiento ha puesto de manifiesto cómo incluso en el ámbito de la actividad reglada de la Administración existe un grado notable de autorregulación administrativa, que hasta la fecha no ha sido tenido en cuenta suficientemente en el marco de la teoría sobre la aplicación de la ley. No es sino hasta fechas recientes que se ha enfatizado el significado de una específica *competencia procedimental* de la Administración [93]. El panorama se enriquece aún más si la atención no se concentra exclusivamente en el *iter* procedimental externo y se extiende al procedimiento interno, es decir, si se analiza la existencia de márgenes de actuación y de configuración en el proceso decisorio; proceso éste cuya trascendencia jurídica, por cierto, solemos minusvalorar al caracterizarlo como mero proceso de subsunción de un *factum* bajo la norma (*vid.* 6/118). Aún más criterios entran en juego de la mano de nuevos

[90] *Vid.* las obras de PIETZCKER, *Staatsauftrag*, y de WALLERATH, *Öffentliche Bedarfsdeckung*.

[91] Sobre este tema, *vid.* la gráfica exposición de SIMONS, *Verfahren im Sozialrecht, passim*; así como de BROHM, en *DVBl.*, 1994, p. 133 (138).

[92] *Vid.* WAHL, en *DVBl.*, 1993, pp. 517 ss.

[93] En este punto es fundamental la obra de PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, en particular, pp. 287 ss.; *vid.* también HILL, en *DVBl.*, 1993, p. 973 (977); WÜRTENBERGER, *Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, pp. 98 ss.

planteamientos, como los del *management* administrativo y el llamado "Nuevo Modelo de Dirección", precisamente porque dirigen la atención a estructuras de motivación distintas de las que son típicas de la aplicación de la ley (*vid.* 1/40-44). Las "orientaciones normativas" del actuar administrativo van más allá de los cánones de la legalidad y de la juridicidad (*vid.* 2/22, 6/82-88). De ahí que la teoría de la aplicación de la ley administrativa deba construirse de tal modo que: en primer lugar, atienda cabalmente tanto a la pretensión directiva como a los límites de la capacidad directiva de la ley; en segundo lugar, permita constatar con naturalidad la existencia de márgenes de decisión administrativa; y, en tercer lugar, incorpore al análisis el efecto racionalizador complementario de aquellos otros criterios mencionados y de los mecanismos de sanción y de control asociados a éstos (*vid.* 6/82-88).

2. *En torno a la cuestión de la existencia de una* reserva de Administración

43. La que aquí hemos llamado autonomía o independencia de la Administración no es idéntica y, por tanto, no debe confundirse con lo que en la discusión jurídico-pública se ha dado en llamar "reserva de Administración". Ésta no se refiere sólo a aquellas actividades o materias que, de una manera en cierto modo natural, corresponden al ámbito de decisión de la Administración porque otras instancias no están, por razones de índole material-práctica, en condiciones de regularla [94]. La cuestión relativa a la existencia de una reserva de Administración sólo se puede plantear adecuadamente en términos normativos, es decir, interrogándose sobre si la Constitución reserva o no al Ejecutivo la realización de determinadas actividades o la adopción de determinadas decisiones, de tal modo que éstas estén protegidas frente a posibles injerencias de otros poderes o instancias, en particular del legislador [95]. Salvo que existan normas especiales, como sucede en el caso de los ámbitos de autonomía administrativa constitucionalmente reconocidos (entes locales, universidades), una reserva de tal tipo no puede tener otro fundamento que no sea la idea de la existencia dentro de cada poder de un *ámbito nuclear*, idea ésta inherente a la teoría de la división de poderes. Según ésta, a ningún poder le está permitido penetrar en los ámbitos centrales de conformación de otro poder. Ciertamente, esta idea relativa a la existencia dentro de cada poder de un *ámbito nuclear* ha sido a menudo criticada por su imprecisión. Sin

[94] De "razones de índole material y estructural" (*"sachstrukturelle Gründe"*), que impiden la aprehensión legislativa de una materia, habla OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 62, núms. margs. 63 y ss.

[95] *Vid.* MAURER, en *VVDStRL*., vol. 43, p. 135 (140), quien distingue entre una reserva de Administración "fáctica" y otra de índole "normativa".

embargo, proporciona una ayuda interpretativa imprescindible para el esquema de la separación de poderes [96].

44. El "núcleo esencial de responsabilidad propia del Ejecutivo" [97] no comprende, sin embargo, sectores materiales o funcionales determinados, sino una serie de formas de actuación, recursos, procedimientos y dispositivos organizativos que resultan imprescindibles para la capacidad de funcionamiento del Segundo Poder. Es cierto que también estos factores son, en algunos de sus aspectos, susceptibles de aprehensión normativa por parte del legislador. Pero, eso sí, siempre que ello no se haga de tal modo que se paralicen virtualmente los procesos operativos centrales del Ejecutivo en cuanto a la obtención de información, elaboración de concepciones de trabajo y de actuación y a su capacidad de autoprogramación [98]. Una reserva de Administración así fundamentada tiene principalmente por objeto impedir la sanción de meras leyes formales que sólo persigan un efecto de cierre o congelación de rango, así como la posible admisión de reservas de jurisdicción, con las que se pretenda sustraer a la Administración incluso la misma posibilidad de programar sus propias actividades. De este modo, la reserva de Administración puede cobrar significación, por ejemplo, cuando lo que se persigue es asegurar la flexibilidad y capacidad de innovación de la Administración, esto es, su capacidad planificadora en la fase previa a la propia actuación administrativa.

45. En todo caso, la reserva de Administración jamás la autoriza a llevar a cabo actuaciones que requieran, de acuerdo con la doctrina sobre la reserva de ley, una previa habilitación legal. Tampoco comporta una *reserva de ejecución* en favor de la Administración. Es verdad que la necesidad de ejecución de la ley constituye la regla en que se funda la separación de poderes que postula nuestra Ley Fundamental. Por ello, si se pretende apartarse de aquélla, de modo que decisiones singulares que revistan las características típicas propias de un acto administrativo se adopten excepcionalmente en forma de ley, tal decisión requerirá de una especial justificación. Ahora bien, no se trata de algo que, constitucionalmente, sea de entrada imposible [99]. Ciertamente, la competencia ejecutiva comporta para la Administración posibilidades de configuración y constituye, como se dijo, un componente esencial de su autonomía o independencia (*vid.* 4/41-42), pero no puede ser elevada a la categoría de una reserva constitucionalmente amparada o reconocida.

[96] STERN, *Staatsrecht*, vol. 2, § 36 IV 5, pp. 541 y 542.

[97] En estos términos se refiere a él el Tribunal Constitucional Federal en *BVerfGE*, 67, 100 (139); 68, 1 (87); y, asimismo, en *BVerfGE*, 95, 1 (16).

[98] SCHNAPP, en *VVDStRL*, vol. 43, p. 172 (193 ss.); KREBS, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 69, núm. marg. 85. Este punto de vista, aunque más matizado, lo encontramos también en PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*, pp. 612 ss. Por el contrario, lo rechazan OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 62, núm. marg. 59, y SCHRÖDER, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 67, núms. margs. 22 y ss., quienes, lejos de reconocer la existencia de una reserva de Administración más o menos fija, sólo admiten la existencia de una serie de "competencias residuales en todo caso disponibles" (*"disponible Restkompetenzen"*) residenciadas en la Administración.

II. La discrecionalidad de la Administración

46. La teoría de la discrecionalidad administrativa mantuvo durante más de un siglo una estrechísima vinculación con la construcción y el desarrollo de la justicia administrativa [100]. De ahí que sostuviese FLEINER que «la competencia de los tribunales contencioso-administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas» [101]. En virtud de esta conexión el concepto de discrecionalidad operaba como un concepto delimitador de ámbitos competenciales. En este preciso "terreno de confluencia" se libraron los diversos debates doctrinales habidos en torno a la creciente intensificación del control judicial de la Administración [102], y de los que, como es sabido, han emanado las principales afirmaciones en las que desde hace ya algún tiempo se sustenta, en lo esencial, la teoría de la discrecionalidad administrativa, a saber: la distinción de diferentes tipos de discrecionalidad, la evolución de la "libre discrecionalidad" hacia una discrecionalidad sujeta al Derecho, el desarrollo de la teoría sobre los vicios jurídicos en que la Administración puede incurrir con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales, la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, la reducción de la discrecionalidad al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas del Derecho administrativo, etc. Esta perspectiva exclusivamente forense de la teoría de la discrecionalidad administrativa es la que ha propiciado que proliferen sutilísimas precisiones en torno a sus diversas manifestaciones (potestades de apreciación, de prognosis, de

[99] En este sentido, también MAURER, en *VVDStRL*, vol. 43, p. 135 (158); asimismo, OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, § 62, núm. marg. 58. Sobre esta cuestión, *vid.*, por lo demás, *BVerfGE*, 95, 1 (16).

[100] Así lo puso acertadamente de relieve EHMKE, *Ermessen*, pp. 7 y 12.

[101] FLEINER, *Institutionen*, p. 257, donde alude a esta misma fórmula utilizada en las antiguas Leyes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Baviera, Baden, Turingia y Württemberg. Por el contrario, O. MAYER (*Verwaltungsrecht*, vol. 1, p. 133) matizaba tal aseveración cuando afirmaba: «Los actos adoptados en virtud de libre discrecionalidad están excluidos del control judicial a menudo, quizás incluso en la mayoría de los supuestos, pero de ninguna manera en todo caso».

[102] *Vid.* la exposición de EHMKE, *Ermessen*, pp. 7 ss.; REMMERT, *Grundlagen des Übermassverbotes*, pp. 124 ss.; sobre la discrecionalidad de planeamiento, *vid.* RUBEL, *Planungsermessen*, pp. 140 ss.

evaluación, etc.) (*vid.* 4/67). El grado de precisión y depuración de las distinciones alcanzadas es único en el Derecho comparado [103].

1. *La discrecionalidad como una facultad específica de actuación y ponderación*

47. Por muy explicable que todo lo anterior resulte desde el punto de vista histórico-dogmático, debemos preguntarnos si realmente la perspectiva del control judicial hasta ahora predominante está en condiciones de abarcar la amplitud de la temática planteada por la teoría de la discrecionalidad administrativa. La viabilidad de una respuesta positiva a tal interrogante se antoja harto dudosa si tenemos en cuenta que el Derecho administrativo de nuestros días debe ocuparse también de una amplia serie de actividades administrativas en las que o bien no existen problemas de tutela judicial o en que, si existen, revisten unas características muy distintas de las convencionales a las que solemos referirnos en este contexto, como ocurre, por ejemplo, con los conflictos que surgen con ocasión de la ejecución de contratos de Derecho privado en los que una de las partes es una Administración. Lo dicho resulta asimismo predicable de buena parte de los sectores o ámbitos del Derecho de organización y de la cooperación entre la Administración y los particulares, así como de la actividad prestacional y económica de la Administración. También en estos ámbitos se trata, sin embargo, de saber de qué forma la Administración está vinculada por el Derecho y en qué medida las directrices legales le atribuyen una función de configuración propia. Por lo tanto, la discrecionalidad administrativa no puede ser entendida como una categoría residual que no comprende sino lo no susceptible de ser objeto de una controversia suscitable ante la jurisdicción contencioso-administrativa [104]. Bien al contrario, la perspectiva desde la que se ha de abordar la discrecionalidad administrativa debe evolucionar desde una *perspectiva del control*, hasta ahora predominante, hacia una nueva *perspectiva de actuación*.

48. Nosotros definimos la discrecionalidad administrativa de manera amplia como «una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado» [105]. La discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada asimismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y

[103] *Vid.* los trabajos contenidos en FROWEIN, *Kontrolldichte*, y, en particular, el resumen que allí realiza OETER, p. 266 (277); asimismo, CLASSEN, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pp. 19 ss., y GRABENWARTER, *Verfahrensgarantien*, pp. 109 ss.

[104] EHMKE, *Ermessen*, p. 45; BULLINGER, en *JZ*, 1984, p. 1001 (1006).

[105] STARCK, en *Festschrift für Sendler*, p. 167; *vid.* también H. MEYER, en MEYER y BORGS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 40, núm. marg. 6.

el llamado *margen de apreciación* no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen su origen tan sólo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [106]. Una terminología unitaria como la aquí propuesta también viene respaldada por un argumento de Derecho comparado. En otros ordenamientos europeos se alude normalmente al conjunto de problemas que plantea la teoría de la discrecionalidad recurriendo a un concepto unitario *(discretionary power, pouvoir discrétionnaire)* [107]. La utilización reductora de determinados conceptos clave ya establecidos entre nosotros no debería contribuir a dificultar el entendimiento sobre los fundamentos de una misma problemática con juristas de otros países de nuestro entorno.

49. Discrecionalidad no significa "libertad de elección" [108]. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones —sobre todo cuando se trata de normas de programación final—, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea (*vid.* 2/9-14). Pero incluso más allá de estos parámetros jurídicos en sentido estricto no comienza todavía la esfera de libre apreciación de la oportunidad. Aún deben observarse los criterios de eficacia económica o rentabilidad *(Wirtschaftlichkeit)* y de la austeridad *(Sparsamkeit)*. Se trata de criterios especialmente relevantes porque disponen de un sistema de control propio, a saber: el que ejercen los Tribunales de Cuentas. Estos criterios ponen de manifiesto que entre los parámetros jurídicos y las demás orientaciones normativas existen límites muy fluidos. Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad no constituye en todos los sentidos un estricto parámetro jurídico. A la inversa, el principio de eficacia económica o rentabilidad comprende también amplias zonas en las que despliega efectos de genuina vinculación jurídica. Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la Administración enderezado a

[106] KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen*, pp. 172 ss.; SENDLER, en *Festschrift für Ule*, 1987, pp. 337 ss.; HERDEGEN, en *JZ*, 1991, pp. 747 ss.; DREIER, en *DV*, 1992, p. 137 (151 y 152).

[107] CRAIG, en BULLINGER (ed.), *Verwaltungsermessen*, p. 79; WADE y FORSYTH, *Administrative Law*, pp. 347 ss. y 379 ss.; SCHLETTE, *Kontrolle von Ermessensakten*, pp. 109 ss. y 119.

[108] *Vid.* KOCH y RUBEL, *Verwaltungsrecht*, Cap. V, núms. margs. 76 y ss.

la consecución de racionalidad y estructurado a través de toda una serie de variados parámetros (*vid.* 6/82-88). Para que este mandato sea ejercido "correctamente" no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la "corrección" de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios [109].

La discrecionalidad constituye el concepto clave que permite expresar el carácter pluridimensional de este mandato de actuación administrativa. Michael GERHARDT lo ha expresado en los siguientes términos [110]:

> «Siguiendo la exigencia fundamental que comporta el Estado de Derecho de que todo ejercicio de poder público sea racional (esto es, explicable intersubjetivamente; exigencia ésta que no resulta necesario justificar de manera pormenorizada), la decisión administrativa debe observar los siguientes tres mandatos:
>
> — En primer lugar, el proceso decisorio debe estructurarse con objeto de hacerlo transparente; el mandato de ponderación propio de la actividad planificadora de la Administración, desarrollado a partir del principio de proporcionalidad, constituye a tal efecto un modelo a seguir.
>
> — En segundo lugar, las averiguaciones, evaluaciones y juicios de probabilidad sobre circunstancias futuras deben llevarse a cabo, en la medida de lo posible, de manera ajustada a la realidad. Se han de proveer los métodos adecuados que permitan minimizar las incertidumbres, que, de ser inevitables, deberán tenerse en cuenta en la ponderación.
>
> — En tercer lugar, y a la hora de ponderar, la Administración ha de observar, por un lado, las premisas (directrices) normativas, teniendo presente que entre éstas corresponde una significación central al principio de proporcionalidad en tanto que ley material básica de todo proceso de ponderación en un Estado de Derecho. Pero, por otro lado, también está obligada, por imperativo legal, a aplicar y a traducir en decisiones concretas los *criterios de corrección* "metajurídicos" que, normalmente de forma tan sólo tácita, se derivan asimismo de la atribución a la Administración de una facultad para su ejercicio en calidad de responsable último de la misma *; es decir, la Administración también está obligada a dar al caso concreto una solución oportuna y justa (discrecionalidad administrativa en general), a optimizar las ventajas y minimizar los inconvenientes de una obra de infraestructura a través de la planificación (discrecionalidad de planeamiento) y a realizar valoraciones técnicas según su mejor saber y entender (facultades de apreciación)».

[109] HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 9 (27).

[110] GERHARDT, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 114, núm. marg. 5.

* *N. del T.*: Se refiere el autor, con carácter general, a facultades discrecionales u otras que comporten asimismo un margen de apreciación o de prognosis para la Administración.

50. El § 40 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) expresa lo anterior de manera acertada al configurar el fin de la potestad actuada como principal directriz de actuación que ha de guiar el ejercicio de potestades discrecionales. El fin normativo determina el círculo de los criterios de corrección que legítimamente han de tenerse en cuenta, al tiempo que aporta indicaciones sobre cómo deban valorarse éstos en cada situación concreta en el marco de la ponderación típica en todo supuesto de ejercicio de discrecionalidad. En este contexto debe determinarse asimismo en qué medida los distintos criterios resultan compensables entre sí [111].

2. *Estructuras normativas y tipos de discrecionalidad*

51. Esta facultad específica de actuación y ponderación adquiere formas diferentes en los distintos ámbitos de la actividad administrativa. Si se trata de un sector intensamente regulado por medio de una ley sectorial, como corresponde a la tradición de los ámbitos propios de la actividad administrativa de limitación, tanto la intensidad de la vinculación como el grado de apertura de la programación legal deberán surgir de un análisis a realizar desde *dentro* de la respectiva ley, que habrá de tomar en consideración los diversos conceptos jurídicos y las estructuras normativas en ella utilizados. Sin embargo, existen también otros sectores de actividad que, de acuerdo con la doctrina sobre la reserva de ley, el legislador no está obligado a sujetar a una regulación sistemática e intensa y que, precisamente por ello, no han sido objeto de una regulación legal de tales características. Tampoco estos sectores son ámbitos libres de ley, ya que se encuentran dirigidos, al menos, por medio de normas de organización, procedimiento y presupuestarias, así como normas que desde otras disciplinas, próximas o conexas, irradian sobre el sector correspondiente (*vid.* 4/40). En estos sectores de la actividad administrativa, la situación decisional abierta, típica de los supuestos de discrecionalidad, surge sobre todo en los espacios y resquicios situados *entre* los preceptos legales aplicables. En estos casos, la discrecionalidad, aun careciendo de todo reflejo normativo, puede constituir el mismo núcleo del correspondiente ámbito de actividad. Un ejemplo de esto último lo encontramos en la actividad económica de los entes locales, que la legislación de régimen local, por un lado, y el Derecho privado de la Empresa, por otro, sólo dirigen muy tenuemente, hasta el punto de que el ámbito central de las decisiones empresariales está cubierto por una atribución de discrecionalidad no escrita.

[111] Sobre la compensación como uno de los elementos de la que él denomina *ponderación conformadora (gestaltende Abwägung)*, *vid.* WEYREUTHER, *Bauen im Aussenbereich*, pp. 18 y 19.

52. El concepto amplio de discrecionalidad aquí postulado permite que estructuras normativas externamente diferentes puedan ser agrupadas conceptualmente y ordenadas atendiendo a sus respectivas funciones y al tipo de *procedimiento de concreción* que deba utilizarse en su aplicación. Ejercer discrecionalidad significa ponderar a la vista de una determinada situación. La situación en la que se decide, sus condiciones marco y los instrumentos y procedimientos en ella disponibles ocupan, por lo tanto, un lugar muy destacado dentro de la teoría sobre la discrecionalidad administrativa. La atribución de la potestad de dictar reglamentos o de aprobar planes de urbanismo no sólo es objeto del Derecho material, ya que, en la medida en que su ejercicio va asociado al empleo de una determinada forma de actuación administrativa (la normativa), posee también un componente procedimental evidente. La configuración legal del procedimiento correspondiente dirige de forma indirecta los factores de la decisión discrecional, por ejemplo al exigirse, según la forma de actuación que proceda (acto administrativo o norma reglamentaria), una valoración bien abstracta, bien concreta de las circunstancias relevantes para la adopción de la decisión. Esto ha sido reconocido hace tiempo en relación con la cláusula general del Derecho de Policía y su utilización como norma habilitante de actos administrativos y reglamentos de policía. Así pues, una norma atributiva de discrecionalidad puede requerir interpretaciones diferentes según cuál sea la forma jurídica con arreglo a la cual aquélla deba ser ejercida.

53. Para caracterizar las distintas situaciones decisionales se han acuñado expresiones como las de "discrecionalidad ejecutiva", "discrecionalidad de planeamiento" o "discrecionalidad normativa" [112]. Cuando se trata de adoptar decisiones complejas de contenido predictivo se habla de una "discrecionalidad de prognosis", en cuyo ejercicio existe la obligación de proveer la máxima transparencia metodológica posible, esto es, de poner de manifiesto la metodología de prognosis utilizada [113]. En el marco de una determinada decisión administrativa es posible que se combinen elementos propios de distintos tipos de discrecionalidad, tal y como lo ha demostrado Kay WAECHTER en el caso ejemplar de la discrecionalidad de la actividad de policía, en la que también aparecen elementos de planificación [114]. Un tema propio lo constituye la llamada "discrecionalidad procedimental", que alcanza incluso a los ámbitos de la actividad administrativa estrictamente reglada por la ley. Los criterios que guían su ejercicio son los de la simplicidad, la oportunidad y la celeridad [§ 10, inciso segundo, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG)]. El procedimiento alcanza su fin cuando se lo utiliza como foro de comunicación jurídicamente ordenada [115].

[112] Sobre esta cuestión, *vid.* HERDEGEN, en *AöR*, 1989, pp. 607 ss.

[113] *Vid. BVerwGE*, 75, 214 (233 y 234).

[114] WAECHTER, *VerwArch*, 1997, p. 298 (en particular, 310 ss.).

En los últimos años han proliferado aún nuevas clasificaciones todavía más depuradas [116]. Así, se habla de una "discrecionalidad táctica", expresiva de la especial flexibilidad que requiere la Administración para poder reaccionar adecuadamente ante situaciones inesperadas. También se ha introducido la expresión "discrecionalidad de gestión", propia de las decisiones que la Administración ha de adoptar en condiciones de mercado, como las que deben tomar en particular las empresas públicas o de economía mixta. Se trata en todos los casos de expresiones que lo que pretenden es poner de manifiesto la especificidad de determinadas situaciones decisionales, de tal modo que sus singularidades sean incorporadas al modelo de racionalidad de toda ponderación administrativa, que, al fin y al cabo, constituye la esencia del ejercicio de la discrecionalidad. Con ellas no se persigue, ni primordial y ni siquiera necesariamente, establecer nuevos parámetros para el control judicial de la actividad administrativa, sino ante todo formular reglas de comportamiento dirigidas a la propia Administración. En su formulación se recurre en mayor medida a reglas de experiencia y a prácticas operativas consolidadas, tal y como se las suele reflejar en los manuales de gestión administrativa, que a dogmas jurídico-procesales. De ahí que la teoría de la discrecionalidad sea ante todo una teoría sobre los criterios y parámetros del actuar administrativo (*vid.* 6/82-96).

D. LOS CONTROLES DE LA ADMINISTRACIÓN

54. La autonomía o independencia de la Administración se debe corresponder con un sistema de controles administrativos adecuado a aquélla. Como dice SCHEUNER, «la responsabilidad y el control constituyen dos elementos esenciales de todo ordenamiento constitucional democrático» [117]. El control, como la separación de poderes en su conjunto, tiene por función la limitación del poder y la garantía de racionalidad. Desde una perspectiva dogmática, cabe decir que el control se erige en cierto modo en el *antagonista* de las amplias facultades de actuación del Ejecutivo.

55. La Ley Fundamental parte de la *interacción* entre los distintos controles de la Administración, el parlamentario, el judicial, el interno

[115] Sobre este tema, *vid.* HILL, en *NVwZ*, 1985, p. 449 (453 ss.), así como en *DÖV*, 1994, p. 279 (282 ss. y 286).

[116] En este punto es fundamental la aportación de BULLINGER, en *JZ*, 1984, p. 1001 (1007 ss.).

[117] SCHEUNER, en *Festschrift für G. Müller*, p. 379 (384).

de la propia Administración y otros [118]. El epicentro de este sistema radica, según el entendimiento actualmente predominante, en la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, en la tutela judicial de los derechos públicos subjetivos que a ésta compete. Desde el punto de vista jurídico, es aquí donde el control alcanza su mayor intensidad (*infra* I). Ahora bien, del mismo modo que la actividad administrativa no se agota en la mera ejecución del ordenamiento jurídico, siendo así que ha de observar asimismo otras orientaciones normativas (*vid.* 2/22), los sistemas de control deben estar articulados con mayor amplitud. Un planteamiento extensivo de este tipo, que habrá de consistir no sólo en una ampliación del mandato de control judicial, sino también en una mejor articulación entre éste y los demás mecanismos de control, viene impulsado asimismo por el desarrollo en esta dirección del Derecho europeo (*infra* II).

I. El mandato constitucional de control y tutela judicial consagrado en el art. 19.4 GG

56. El control de la Administración reside, en lo esencial, en el control judicial contencioso-administrativo, que resulta del mandato dirigido a los tribunales de dicho orden jurisdiccional de servir a la tutela de los derechos individuales. Con esta opción de sistema por una tutela judicial jurídico-subjetiva, el art. 19.4 GG * hace converger elementos tanto jurídico-subjetivos como institucionales del principio de Estado de Derecho (*vid.* 2/6). La tutela judicial jurídico-subjetiva constituye el fundamento del mandato de tutela judicial efectiva, el soporte de la tantas veces invocada *efectividad de la tutela judicial.* Este mandato ha extraído su enorme potencialidad del fin de servir a los derechos individuales [119]. El derecho reclamado por el recurrente es un derecho material que, como tal, no constituye sólo un estímulo para la puesta en marcha del proceso judicial, sino su principal fin de protección. Ello exige la articulación de estándares procesales especialmente favorecedores de la tutela judicial, sobre todo en lo relativo

[118] Sobre este tema, *vid.* el enfoque sistemático que ofrecen KREBS, *Kontrolle;* SCHWARZE, en *DVBl*, 1974, pp. 893 ss.; KIRCHHOF, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 59, núms. margs. 188 y ss.; VOSSKUHLE, *Rechtsschutz*, pp. 45 ss.

* *N. del T.:* El art. 19.4 GG establece que: «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el art. 10, apartado 2, segunda frase [que establece la posibilidad de excepcionar el control judicial en los casos de intervención de comunicaciones justificadas por la defensa de la Constitución]» (tomamos la tradución de Garzón Valdés, García Macho y Sommermann).

[119] *Vid.* PAPIER, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 154, núms. margs. 75 y ss.; PAPIER, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*; KREBS, en V. MUNCH y KUNIG, *Grundgesetz*, art. 19, núms. margs. 62 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, núms. margs. 160 y ss. de la Introducción (*Einleitung*).

a la intensidad del control judicial y a la tutela cautelar. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa *(Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO)* se ha considerado a sí misma siempre como una Ley cuya misión es la de servir, precisamente, al cumplimiento de este mandato constitucional de tutela judicial. En el Derecho europeo comparado el sistema de justicia administrativa alemán diverge del que rige en otros países en la medida en que, no obstante servir a una función más reducida (la tutela de los derechos subjetivos, no sin más el control objetivo de la Administración), persigue garantizar un grado de efectividad de la tutela jurídico-subjetiva superior al habitual en otros sistemas [120].

1. *El papel de los derechos subjetivos*

57. La tutela judicial que la Constitución garantiza depende de la existencia de derechos subjetivos [121]. De acuerdo con la versión hoy en día vigente de la llamada *teoría sobre las normas de protección (Schutznormlehre),* decididamente guiada ya por la teoría de los derechos fundamentales, cabe partir del reconocimiento de un derecho subjetivo siempre que la ley aplicable incorpore los intereses del recurrente de una forma individualizada a su finalidad de protección, es decir, siempre que la norma jurídica cuya infracción se alegue sirva a la protección, al menos entre otros, de dichos concretos intereses (*vid.* 2/55-62). Este entendimiento ha permitido una notable expansión, en particular, de la tutela de los intereses de terceros afectados por decisiones administrativas (vecinos, competidores, etc.). Obsérvese que, desde un punto de vista dogmático, tal tutela se mantiene aún *dentro* de los límites de una tutela jurídico-subjetiva, tal y como se la garantiza en el art. 19.4 GG. En efecto, también en estos casos son titulares de derechos materiales subjetivos, presuntamente lesionados por la decisión administrativa impugnada, quienes interponen la acción contencioso-administrativa. Las acciones en defensa de meros intereses y, en particular, las acciones colectivas en defensa de intereses difusos carecen, por el contrario, de cobertura constitucional [122]. Así pues, el art. 19.4 GG no convierte a los tribunales contencioso-administrativos en instancias de control universal de la Administración. De acuerdo con esta concepción, allí donde la actividad administrativa no afecta a derechos subjetivos o donde, aun afectándose éstos, el titular de los mismos no desea entablar una controversia judicial con la Admi-

[120] *Vid.* CLASSEN, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, en particular, p. 190.

[121] *BVerfGE,* 78, 214 (226); 84, 34 (49); sobre esta cuestión, cfr., *in extenso,* WAHL, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, nota previa *(Vorbemerkung)* al § 42.2, núms. margs. 42 y ss.; PAPIER, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 154, núms. margs. 39 y ss.

[122] SKOURIS, *Verletztenklagen und Interessentenklagen;* EHLERS, en *VerwArch*, 1993, pp. 139 ss.

nistración, ésta queda exenta del control judicial. De ahí que la programación legal y el ámbito del control judicial de la Administración no sean necesariamente simétricos. El control judicial depende de la existencia y alegación de la vulneración de derechos subjetivos. Es ésta una premisa que, guste o no, no cabe ignorar. Quizás deban buscarse otras posibilidades de control, más amplias que las derivadas de una tutela judicial exclusivamente jurídico-subjetiva. Ahora bien, éstas se situarían de entrada fuera del ámbito de la tutela judicial garantizada por el art. 19.4 GG. De ahí que ninguna conclusión pueda extraerse del mismo en relación con aquéllas (*vid.* 4/77-79).

58. El derecho subjetivo no sólo tiene relevancia para el acceso a la jurisdicción, sino también para la determinación del alcance del control judicial. El recurso contencioso-administrativo sólo prosperará si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción observada consiste, precisamente, en una lesión de derechos subjetivos del recurrente. La mera infracción *objetiva* del ordenamiento jurídico no es suficiente para poder estimar el recurso [123]. Bien al contrario, se exige una específica *conexión de antijuridicidad* [124] que, según se ha dicho, se dará solamente cuando la norma infringida sirva también a la protección de los intereses del recurrente. La exigencia de esta conexión no es un requisito especial al que se sujete la estimación sólo de aquellos recursos interpuestos por terceros afectados, sino un requisito general al que se sujeta también la estimación de los recursos interpuestos por los propios destinatarios del acto recurrido [125]. Sólo que aquí tal requisito suele carecer de relevancia, ya que las normas que habilitan la intervención o limitación administrativa de un derecho subjetivo, incluidas las correspondientes normas de competencia y de procedimiento que han de observarse, suelen servir también a la protección de los intereses del titular del derecho intervenido o limitado, esto es, del destinatario del acto de gravamen impugnado. Pero también en estos casos cabe la posibilidad de que se disocien el ámbito de protección de la norma y el de la programación normativa de la medida de limitación recurrida, como sucede, por ejemplo, con las previsiones procedimentales en favor de terceros afectados, cuya infracción, lógicamente, no pueden alegar en su propio favor los destinatarios directos de la medida (pues no son terceros afectados). Cuanto más denso sea el entramado normativo jurídico-objetivo que

[123] Weyreuther, en *Festschrift für Menger*, p. 681 (691); *vid.* también *BVerwGE*, 47, 19 (21 y 22) y *BVerwGE*, en *NVwZ*, 1990, pp. 857 y 858.

[124] Krebs, en *Festschrift für Menger*, p. 191 (204); Gerhardt, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 113, núms. margs. 11 y ss.

[125] *Vid.* Erichsen, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 152, núms. margs. 43 y ss.; un punto de vista similar sostienen asimismo Schmidt-Preuss, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 553 y 554, y Gerhardt, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 113, núm. marg. 11. Por el contrario, discrepa de este punto de vista Papier, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 154, núms. margs. 44 y 45.

deba observar la Administración y cuanto mayor sea la medida en que en él se entremezclen normas de distinta procedencia y que sirvan a distintas funciones, como ocurre, en particular, cuando interactúan normas nacionales y comunitarias, mayor será también la necesidad de desentrañar de manera diferenciada la finalidad de protección de cada una de las normas que integran dicho entramado. Desde una perspectiva dogmática, esta tarea resulta obligada en el marco de una tutela jurídico-subjetiva, y ello a pesar de que, justamente cuando se trata de decisiones adoptadas sobre la base de una ponderación estructuralmente compleja, la disección de los distintos elementos ponderativos y su adscripción bien al ámbito jurídico-subjetivo, bien al ámbito jurídico-objetivo, no suelen arrojar un balance en todos los sentidos satisfactorio, ni desde el punto de vista dogmático ni político-administrativo [126].

2. *La intensidad del control judicial*

59. Dentro del ámbito de la tutela judicial (jurídico-subjetiva) garantizado por el art. 19.4 GG, éste exige una fiscalización especialmente prolija de la actuación administrativa enjuiciada. Según la opinión ampliamente dominante, el mandato constitucional de tutela judicial efectiva comporta un modelo dual de control jurisdiccional, en el que el control pleno de la aplicación del Derecho llevada a cabo por la Administración constituye la regla o el modelo básico del control judicial [*vid. infra* a)], mientras que el control reducido, restringido o limitado, como consecuencia del reconocimiento a la Administración de una facultad sectorial para decidir en última instancia, constituye la excepción [*vid. infra* b)]. Distinciones parecidas entre controles plenarios y parciales o limitados son asimismo habituales en los ordenamientos jurídicos de otros países europeos, así como en la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) [127]. La intensidad especialmente elevada del control judicial en Alemania proviene precisamente de la limitación estricta del segundo modelo de control a supuestos excepcionales. La razón que se aduce para ello hace referencia a la extraordinaria significación que el art. 19.4 GG confiere a la tutela judicial de los derechos individuales [128]. Sin

[126] Sobre esta cuestión, *vid. BVerwGE*, 48, 56 y ss., y 67, 74 y ss.; *vid.* también Schmidt-Assmann, en Maunz y Dürig, *Grundgesetz*, art. 19.4, núms. margs. 159 y ss., donde se aportan más referencias.

[127] *Vid.* las referencias que al respecto aportan Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pp. 118 ss. y 175 ss.; Schmidt-Assmann, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, núms. margs. 131 y 143 de la Introducción *(Einleitung)*; Schmidt-Assmann, en *DVBl.*, 1997, pp. 281 (283 ss.); Grabenwarter, *Verfahrensgarantien*, pp. 109 ss. En relación con el Derecho norteamericano, *vid.* Erath, *Förmliche Verwaltungsverfahren*.

[128] *Vid.* Papier, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 154, núms. margs. 59 y ss.

embargo, la jurisprudencia y la doctrina han extendido hasta ahora sin mayores problemas esta intensidad del control a supuestos en los que no se hallan afectados derechos individuales. Mientras tal cosa suceda tan sólo en ámbitos limitados, puede que resulte razonable en aras de la unidad de la dogmática procesal. Ahora bien, si se avanzase en el futuro en la idea, a veces postulada, de extender el control judicial contencioso-administrativo más allá del ámbito garantizado por el art. 19.4 GG (esto es, más allá de una tutela exclusivamente jurídico-subjetiva), entonces habría que replantearse críticamente la extrapolación automática a estos nuevos sectores de la intensidad fiscalizadora que comporta el modelo dual de control jurisdiccional, elaborado, como se ha dicho, para el ámbito de la tutela jurídico-subjetiva.

a) El modelo básico de un control judicial pleno de la aplicación del Derecho por la Administración

60. Por regla general, los tribunales contencioso-administrativos deben fiscalizar las decisiones administrativas enjuiciadas plenamente, tanto desde el punto de vista del Derecho como de los hechos [129]. Por supuesto, sólo se exige un control *a posteriori*. Ni siquiera en el ámbito cualificado de la tutela garantizada por el art. 19.4 GG se exige un control total en el sentido de una sustitución de la decisión administrativa enjuiciada por la del propio tribunal contencioso-administrativo. El art. 19.4 GG se limita a garantizar la tutela judicial, pero no impone una *reserva de jurisdicción* (o de decisión jurisdiccional). El control judicial constitucionalmente exigido consiste en un control pleno de la (previa) aplicación del Derecho por la Administración. Este control comprende los siguientes tres escalones: la definición del Derecho aplicable, la determinación de los hechos y la verificación de la corrección de la subsunción realizada por la Administración (*vid.* 2/16-17). El centro de gravedad de la actividad judicial reside en el primer escalón, es decir, en la labor conceptual y de elaboración sistemática en torno al Derecho abstracto. Con la determinación en última instancia, normalmente necesaria, del contenido del programa decisional concreto y de los parámetros de actuación jurídicamente vinculantes, los tribunales ejercen una importante función de estabilización del ordenamiento que trasciende a los procesos concretos. Esta competencia de *definir* el Derecho de forma en última instancia vinculante para todos constituye el rasgo sobresaliente e indiscutido de toda actividad judicial de control.

61. En el modelo básico de control judicial pleno de la aplicación del Derecho por la Administración los tribunales contencioso-administrativos soportan también la responsabilidad de la *determinación de*

[129] *BVerfGE*, 15, 275 (282); 78, 214 (266).

los hechos. Una vinculación formal de los tribunales a los hechos determinados por la Administración, tal y como se la conoce en los ordenamientos de otros países [130], resulta incompatible con el art. 19.4 GG. Tampoco satisface el mandato de tutela judicial efectiva una decisión judicial fundada exclusivamente en los términos del expediente administrativo. Por otro lado, el proceso judicial no constituye un segundo procedimiento administrativo. De ahí que los tribunales sólo adopten actos de instrucción necesarios para la determinación de los hechos cuando no tengan por ciertos los hechos determinados por la Administración o éstos resulten cuestionados por alguna de las partes. En tal caso, eso sí, deben agotar todos los medios de prueba disponibles.

62. También el tercer escalón en la aplicación del Derecho, la *subsunción*, está sometido al control judicial. Esto también es así cuando la Administración aplica conceptos jurídicos que entrañan en medida considerable elementos de valoración o prognosis [131]. Según la opinión dominante, en este punto central del control jurisdiccional el art. 19.4 GG exige más de lo que en los ordenamientos de otros países europeos es considerado necesario. La competencia jurisdiccional para fiscalizar la subsunción realizada por la Administración roza los límites de las potencialidades intrínsecas de un control fundado en la teoría del método jurídico cuando aquélla exige llevar a cabo complejas valoraciones [132]. En teoría, tal fiscalización debe mantenerse dentro de los límites de un control en derecho, es decir, se debe limitar a fiscalizar una decisión ya previamente adoptada sobre la base de los parámetros que ofrezca el Derecho. Sin embargo, el control de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y el de la proporcionalidad, si se los lleva a cabo de forma intensa, pueden llevar fácilmente a que los tribunales, desbordando los límites de un control en derecho, extiendan el mismo a cuestiones de oportunidad y decidan éstas de acuerdo con sus propias ideas. En definitiva, las ventajas que para la tutela de los derechos individuales comporta el modelo básico de un control plenario e intenso de la aplicación del Derecho se corresponden con riesgos y peligros para la responsabilidad autónoma —esto es, las competencias propias— de la Administración.

b) Limitaciones del control judicial en virtud de una habilitación normativa

63. Evidentemente, el control pleno de la aplicación del Derecho realizada por la Administración constituye sólo el modelo básico del

[130] Sobre esta cuestión, *vid.* LERCHE, en FROWEIN, *Kontrolldichte*, pp. 249 ss. En torno a la situación especial que concurre en los supuestos de preclusión material, *vid.* ROHL y LADENBURGER, *Materielle Präklusion*, pp. 16-20 y 47 ss.

[131] *BVerfGE*, 84, 34 (49 y 50); *BVerwGE*, 94, 307 (309).

[132] A la misma conclusión llega GERHARDT, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, nota previa *(Vorbemerkung)* al § 113, núm. marg. 24.

control judicial contencioso-administrativo. Éste no excluye de entrada la existencia de márgenes administrativos de configuración, de discrecionalidad y de apreciación [133]. Tampoco dentro del ámbito de la tutela garantizada por el art. 19.4 GG la intensidad del control judicial está determinada de forma esquemática, sino que depende de cómo esté configurado el Derecho material aplicable al caso. Eso sí, las limitaciones del control judicial deben tener un fundamento normativo, es decir, deben, en principio, haber sido admitidas por el legislador, y esto ha de poder constatarse al menos por vía interpretativa [134]. Este requisito no se lo puede pretender deducir automáticamente de la naturaleza de la materia objeto de regulación. Ni la especial pericia de la Administración actuante ni el hecho de que la decisión adoptada se base en una predicción acerca de la evolución futura de las circunstancias pueden por sí solos justificar una limitación del control judicial [135]. No obstante, situaciones decisionales específicas como las mencionadas sí pueden ayudar en la interpretación de las leyes aplicables a la hora de averiguar si éstas contienen o no una habilitación normativa a la Administración que justifique una limitación del control judicial [136].

64. Ninguna dificultad interpretativa se plantea en el caso de la *discrecionalidad referida al ámbito de las consecuencias jurídicas de la norma,* atribuida a la Administración por aquellos preceptos que utilizan la palabra "puede" (en lugar de una fórmula imperativa) para unir el supuesto de hecho normativo y la consecuencia jurídica, así como, naturalmente, por aquellos otros en que directamente aparece la expresión "discrecionalidad". Que esto ocurre en amplios sectores de la actividad administrativa, en modo alguno excepcionales, y que esta discrecionalidad resulta además reforzada por la discrecionalidad procedimental que de por sí acompaña a toda aplicación del Derecho, ya ha sido puesto de relieve anteriormente. Lo mismo cabe decir de las *cláusulas de ponderación* habitualmente recogidas en las normas que regulan la actividad planificadora de la Administración [137]. En algunos casos la discrecionalidad deriva de la forma jurídica de actuación con arreglo a la cual la ley precisa que deberá llevarse a cabo la actuación administrativa. Así, por ejemplo, la atribución a la Administración de la potestad reglamentaria o estatutaria [habilitación para dictar normas reglamentarias o estatutarias *(Satzungen)*] comporta por lo general, ya sólo *ratione formae*, un margen de configuración para el titular de la potestad normativa [138]. Acertadamente, la jurisprudencia ha reconocido incluso a la Administración una facultad de ponderación también en aquellos casos en que la atribución normativa de la potestad planificadora en relación con la construcción de infraestructuras públicas no la contemplaba expresamente [139].

65. Plantean problemas, sin embargo, los *conceptos jurídicos indeterminados.* Sólo de éstos cabe predicar la afirmación de que, en el marco de la tutela garantizada por el art. 19.4 GG, los supuestos de control judicial restringido deban ser excepcionales. La condensación de la entera programación de una determinada decisión administrativa en un solo concepto o elemento del supuesto de hecho normativo (que es en lo que consisten los conceptos jurídicos indeterminados) ampara la presunción de que el legislador, no obstante la indeterminación de los conceptos normativos utilizados, ha pretendido disciplinar normativamente la materia objeto de regulación y que la misma quede sometida, en los casos de litigio, al modelo básico de un control judicial pleno. Esta presunción sólo se la podrá desvirtuar desde la propia ley. Tal cosa sucede sin lugar a dudas cuando la propia ley incluye expresamente la correspondiente habilitación normativa a la Administración, acompañando o añadiendo a un elemento del supuesto de hecho normativo cláusulas tales como, por ejemplo, "conforme a la apreciación administrativa" o "de acuerdo con el criterio de la Administración" [140]. Allí donde falten tales indicaciones normativas expresas, la finalidad de la norma deberá ser averiguada por vía interpretativa [141]. En este contexto resultan de aplicación todos los métodos de interpretación normalmente empleados, incluidas, así pues, la interpretación sistemática, la teleológica y la interpretación conforme a la Constitución. El que se trate de decisiones administrativas que afectan a derechos fundamentales no impide reconocer a la Administración un margen de apreciación. En el marco de la interpretación sistemática pueden resultar también de utilidad las tradicionales clasificaciones elaboradas por la doctrina científica [142]. La incardinación de un determinado elemento material del supuesto de hecho normativo dentro de normas específicas de organización o de procedimiento que prevean cautelas especiales para su concreción puede constituir asimismo un indicio de que a la Administración ha de reconocerse un margen de apreciación. En la aplicación de normas comunitarias de efecto directo o de conceptos normativos internos a través de los cuales se han trans-

[133] *BVerfGE,* 61, 82 (111); 88, 40 (56).

[134] *BVerwGE,* 94, 307 (309 y 310).

[135] *Vid. BVerfGE,* 88, 40 (57-61). En sentido contrario, *vid.* OSSENBUHL, en *Festschrift für Redeker*, p. 55 (61 y 62).

[136] Sobre este tema, cfr., *in extenso,* GERHARDT, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 114, núms. margs. 57 y ss.

[137] Por ejemplo, § 1.6 del Código de Urbanismo *(Baugesetzbuch);* § 17.1 de la Ley Federal de Carreteras *(Bundesfernstrassengesetz);* § 5.2 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza *(Bundesnaturschutzgesetz).*

[138] HERDEGEN, en *AöR*, 1989, p. 607 (609); OSSENBÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 64, núms. margs. 33 y ss., y § 66, núms. margs. 46 y ss.

[139] *BVerwGE,* 48, 56 (59); KÜHLING, *Fachplanungsrecht*, núms. margs. 9 y ss.

[140] *Vid.* OVG LUNEBURG, en *NVwZ-RR*, 1991, pp. 576 ss.; asimismo, *BVerwGE,* 99, 355 (358).

[141] Cfr., *in extenso, BVerwGE,* 94, 307 (309 ss.).

[142] *Vid.* PAPIER, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 154, núms. margs. 62 y ss.

puesto al Derecho nacional directivas comunitarias, la cuestión de si a la Administración corresponde o no un margen de apreciación debe responderse autónomamente de acuerdo con criterios de Derecho comunitario. El Derecho constitucional alemán no opone obstáculos insuperables a una eventual limitación del control judicial que venga impuesta por el Derecho comunitario [143].

66. Siempre que no sea posible acreditar la existencia —siquiera tácita— de una tal habilitación normativa que justifique una limitación de la intensidad del control judicial, se deberá proceder de acuerdo con el modelo básico de un control plenario. Ni aquí ni en ningún otro ámbito los tribunales pueden disponer autónomamente sobre sus competencias de control. Ni pueden crear ellos mismos una habilitación inexistente en las normas, ni, a la inversa, pueden hacer caso omiso de una habilitación que la ley haya atribuido a la Administración en términos precisos. Si un tribunal llega a la conclusión de que la habilitación atribuida por ley a la Administración es contraria a la Constitución, no puede proceder por sí mismo, más allá de lo que pueda permitirle una interpretación de la ley conforme a la Constitución, a un control pleno de la actividad administrativa enjuiciada, sino que debe actuar con arreglo a lo dispuesto en el art. 100 GG, es decir, debe plantear al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) la cuestión de inconstitucionalidad. Lo mismo cabe decir del caso inverso, esto es, cuando la ley omite atribuir a la Administración la habilitación normativa que justifique la limitación del control judicial, a pesar de que así lo exija la reserva de Administración, en los términos anteriormente expuestos, o la garantía constitucional de un ámbito de autonomía administrativa. Si el legislador llega a la conclusión de que en el ámbito de una determinada actividad administrativa la aplicación del modelo básico de control judicial pleno comporta un desplazamiento excesivo del protagonismo decisorio hacia el Poder Judicial, es a aquel a quien, a la vista de los distintos intereses de protección y de configuración de la Administración, corresponde valorar, en su caso, si procede o no atribuirle a ésta la habilitación para decidir en última instancia. Para ello, sin embargo, no resultan suficientes meras cláusulas genéricas, como la consistente, por ejemplo, en añadir una cláusula general de este tipo al § 114 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (donde, precisamente con carácter general, se regula el alcance y la intensidad del control jurisdiccional del ejercicio de potestades discrecionales) [144].

[143] Cfr., *in extenso*, V. DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 326 ss., quien tendencialmente, sin embargo, apuesta por un control más intenso.

[144] En contra de tal posibilidad ya se manifestó asimismo en su día ULE, en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, p. 309 (330).

c) El modelo de control judicial restringido

67. La habilitación normativa a la Administración para decidir en última instancia no excluye el control judicial, sino que únicamente restringe su intensidad. Para responder a la cuestión relativa a qué aspectos del proceso de aplicación normativa están sometidos en estos casos a un control judicial restringido es necesario acudir de nuevo primariamente al concreto supuesto de hecho normativo de cuya aplicación se trate. En la doctrina se han elaborado modelos de control específicos para el control del ejercicio de cada uno de los distintos tipos de habilitaciones normativas que confieren a la Administración la decisión última sobre materias o cuestiones determinadas, es decir, para el control del ejercicio de las facultades de prognosis, de planificación, de aplicación de conceptos técnicos de origen privado, etc. [145]. Estos modelos señalan parámetros de control adecuados a la especial naturaleza y estructura de determinados tipos de decisiones administrativas (de evaluación o dictamen, de carácter técnico o de pronóstico) y tienen por finalidad facilitar a los tribunales la difícil delimitación entre un control judicial pleno y uno restringido. Ahora bien, si en el futuro la discrecionalidad administrativa volviese a ser concebida como una institución unitaria (*vid.* 4/48), sería necesario buscar para su fiscalización un modelo de control unitario que ofreciera un marco aglutinante para los modelos de control específicos hasta ahora elaborados [146]. Partiendo de la dogmática elaborada en torno a la ponderación en la planificación administrativa, Michael GERHARDT ha desarrollado recientemente un modelo básico unitario de control judicial restringido, que coloca en el proceso decisorio administrativo el centro de mira. Este autor se refiere a él, en términos generales, como modelo ponderativo (o de ponderación), y, como modelo contrapuesto al control pleno retrospectivo de las decisiones regladas, lo considera aplicable al control de cualquier decisión administrativa de naturaleza discrecional [147]. Este modelo de control comprende dos niveles o escalones:

— En el primero se verifica la concurrencia de los *presupuestos jurídicos* de la potestad discrecional actuada. ¿Concurren los elementos del supuesto de hecho normativo a que se encuentra sujeto el ejercicio de la potestad? ¿Se ha hecho uso efectivo de la discrecionalidad atribuida? ¿Se han observado las normas de procedimiento y demás ele-

[145] Sobre este tema, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 19,4, núms. margs. 188 y ss.; PAPIER, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 6, § 154, núms. margs. 62 y ss.; GRABENWARTER, *Verfahrensgarantien*, pp. 242 ss.

[146] En esta línea, *vid.* también WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 31, núm. marg. 63.

[147] GERHARDT, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, nota previa al § 113, núms. margs. 19 y ss., así como § 114, núms. margs. 4 y ss.

mentos reglados de la potestad? ¿Se ha incurrido en desviación de poder? Todos estos aspectos deben ser fiscalizados por el tribunal de forma plenaria.

— En un segundo escalón tiene lugar el control de la ponderación efectuada, que, a su vez, comprende tres aspectos: el control de la observancia de las directrices que han de guiarla, el del material fáctico ponderado, y el de la ponderación en sí misma.

Las *directrices de la ponderación* constituyen facultades de concreción que tienen por finalidad guiar a la Administración, con la vista puesta en el resultado global de la ponderación, en la selección del material fáctico a ponderar. En tanto que directrices, la observancia de las mismas es sólo susceptible de un control restringido.

Los hechos que deban constituir el material fáctico a ponderar deben ser determinados judicialmente de manera prolija, aunque respetando la atribución específica de la función instructora a la Administración que, en su caso, resulte de la legislación aplicable. Cuando la cognición fáctica alcance sus límites, habrá de procurarse determinar los hechos de la manera lo más sólida posible a través del diálogo con las partes. En su caso, deberá recurrirse al asesoramiento de peritos. Aunque también puede ocurrir que a la determinación de los hechos realizada por la Administración sobre la base de su particular pericia en la materia deba reconocérsele el valor de un dictamen pericial, que, en tal caso, sólo podrá ser desvirtuado mediante un esfuerzo argumental muy considerable [148].

El control de la ponderación en sí misma se refiere, fundamentalmente, al *proceso de la ponderación* y a los elementos de motivación que en el mismo se manifiesten. Como sucede también en otros ordenamientos, el análisis detenido de la *motivación* debería constituir el aspecto principal del control de la ponderación. No se trata en modo alguno de un análisis meramente formal [149]. Por el contrario, el control del *resultado de la ponderación* se limita —si bien dependiendo de la densidad con la que se hallen formuladas las directrices de la ponderación— a la verificación de si algún interés o elemento de la ponderación ha recibido en ella una valoración no proporcionada a su relevancia objetiva. Como es obvio, con el criterio de la relevancia objetiva de los intereses o elementos ponderados se introduce en el último escalón del control de la ponderación un criterio o test de mera evidencia [150]. De ahí que si la decisión administrativa enjuiciada se fundamenta en consideraciones adecuadas al objeto de la misma, ésta

[148] En este sentido, *vid. BVerwGE*, 91, 211 (216).

[149] Sobre esta cuestión, *vid.* SHAPIRO, en *The University of Chicago Legal Forum*, 1992, p. 179 (184 ss.), quien se refiere al estado de la cuestión en Estados Unidos y en la jurisprudencia del TJCE.

[150] *Vid.* KUHLING, *Fachplanungsrecht*, núms. margs. 230 y ss. La adjetivación de la relevancia ("objetiva") pretende expresar el ámbito de la cognición ineludible, esto es, la necesidad de convertir incluso lo en principio insusceptible de ser medido en una magnitud prácticamente manejable (*«... soll die Ebene unausweichlicher Erkenntnis bezeichnen, auf der auch das an sich Unmessbare zu einer praktisch handhabbaren Grösse wird»*).

deba ser declarada por el tribunal conforme a Derecho. Sólo si careciera de dicho fundamento, la decisión deberá ser anulada por el tribunal. En ningún caso el tribunal puede sustituirla por la suya propia.

3. *La tutela judicial cautelar*

68. Junto con la intensidad del control judicial es, sobre todo, la protección cautelar lo que se estima caracteriza a una tutela judicial *efectiva* de derechos subjetivos. Partiendo de unos inicios modestos, se ha desarrollado en torno a la tutela cautelar un subsistema propio de tutela judicial que, en la práctica forense de hoy, supera a menudo en importancia al proceso principal [151]. Con ella se pretenden evitar "hechos consumados" y, así, garantizar la *temporalidad* de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional. La principal característica del modelo alemán de tutela cautelar reside en el dualismo de las formas de protección cautelar: junto a la orden provisional, que sólo permite obtener protección cautelar con la ayuda de los tribunales, se encuentra el efecto suspensivo de los recursos impugnatorios de actos desfavorables, cuya sola interposición permite al recurrente paralizar la ejecución del acto administrativo impugnado. Hasta hace poco tiempo el efecto suspensivo operado *ex lege* se mantenía incluso durante la duración íntegra de un litigio que bien podía comprender varias instancias procesales. La opinión dominante considera que el efecto suspensivo de los recursos impugnatorios de actos desfavorables constituye un imperativo constitucional derivado del art. 19.4 GG. En palabras del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), «el efecto suspensivo que, según el § 80.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), produce por regla general la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo (mediante el que se impugna un acto administrativo desfavorable) constituye una manifestación adecuada de la garantía constitucional de la tutela judicial y un principio fundamental del proceso jurídico-público. Por otro lado —prosigue el TCF—, el art. 19.4 GG no garantiza el efecto suspensivo del recurso contencioso-administrativo en todo caso. Es posible que intereses públicos preponderantes justifiquen la relegación de la pretensión de tutela judicial del titular de un derecho fundamental para permitir que de este modo puedan ejecutarse a tiempo medidas inaplazables justificadas en la salvaguardia del interés general. Sin embargo, ésta debe ser la excepción» [152]. Esta relación regla-excepción alcanza no sólo a los supuestos de limitación o exclusión legal del efecto

[151] Sobre este tema, *vid.*, con carácter general, SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz*, *passim*.

[152] Auto del BVerfG (Sección 3.ª de la Sala 2.ª), publicado en *NVwZ*, 1996, p. 58 (59).

suspensivo del recurso, sino también a aquellos otros en que es la propia Administración la que puede ordenar *in casum* la ejecución inmediata del acto impugnado.

69. Este modelo de tutela cautelar ha recibido acertadas críticas en la doctrina, por cuanto prima unilateralmente la preservación del *statu quo*, asignando el riesgo del retardo temporal que comporta todo proceso en atención exclusivamente al reparto de los roles procesales y sin conexión alguna con el Derecho material aplicable [153]. La insuficiencia del esquema en que se funda este modelo de tutela cautelar se manifiesta sobre todo en los supuestos de relaciones *multilaterales* y en las situaciones procesales que éstas generan, en las que el recurrente no es el destinatario del acto impugnado sino un tercero afectado por éste. También para estos casos el § 80.1.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO) prevé que el recurso tenga efecto suspensivo, a pesar de que en estos supuestos puedan existir derechos subjetivos merecedores de protección *en ambos lados* de la relación jurídico-administrativa. Resulta difícil de justificar por qué, ante una situación abierta derivada de la pendencia de un proceso aún no finalizado en firme, *uno* de los particulares afectados (el recurrente) se beneficia de un instrumento procesal (el efecto suspensivo) en perjuicio sistemático del interés jurídico opuesto de su competidor (el destinatario/beneficiario del acto impugnado) [154]. Pero incluso con respecto a las relaciones jurídico-administrativas *bipolares* resulta dudoso entender que la Constitución postula la regla del efecto suspensivo, pues tal cosa entraña una minusvaloración automática del interés público en la ejecución del acto impugnado. Además, el efecto suspensivo constituye un estímulo a la interposición de recursos contra actos administrativos desfavorables con la única finalidad de beneficiarse de la suspensión automática y, al amparo de ésta, tratar de alargar el proceso principal [155]. En otros países no es habitual que el efecto suspensivo del recurso sea la regla [156]. Por lo que se refiere al sistema jurisdiccional comunitario, el art. 185 TCE (hoy art. 242) lo excluye incluso expresamente. Tanto es así que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha visto obligado a condenar a Alemania a aplicar restrictivamente la regla del efecto suspensivo de los

[153] SCHOCH, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, nota previa al § 80, núm. marg. 7; CLASSEN, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, p. 88 (89): «Este modelo se funda en una visión miope de las cosas».

[154] SCHOCH, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 80, núm. marg. 18; SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 19.4, núm. marg. 275. Por el contrario, valora positivamente la regulación contenida en el art. 80.1.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa *(VwGO)* SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 588 ss.

[155] Ésta es, precisamente, la motivación que se aporta en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de reforma que introduce un § 80b en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Bundestagsdrucksache* 13/3993, p. 11).

[156] *Vid.* CLASSEN, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pp. 116 ss.

recursos interpuestos contra actos administrativos nacionales dictados en aplicación del Derecho comunitario, cuando dicho efecto pueda hacer peligrar la ejecución eficaz del mismo [157].

II. Cambios en la concepción del control de la Administración

70. La tutela judicial cautelar pone ya de manifiesto que la tutela judicial de derechos subjetivos constituye una aproximación unilateral al control de la actividad administrativa, aproximación que produce tensiones dentro incluso de su limitado ámbito de aplicación. Desde la perspectiva de un Derecho procesal regido por este modelo de tutela jurídico-subjetiva, parece poco atractivo en términos de política jurídica ampliar la legitimación para recurrir más allá de las situaciones en que ello aparezca impuesto de forma obligatoria [158]. Las reservas acerca de la creación jurisprudencial de acciones colectivas para recurrir en defensa de intereses difusos pueden también atribuirse a esta circunstancia [159]. Ello nos obliga a detenernos a reflexionar críticamente sobre la posición tan prominente que hoy ocupa el poder judicial en el sistema de control de la Administración. Es éste el punto de partida ineludible a la hora de considerar tanto una modificación de las funciones de dicho control judicial, como el papel que pueden desempeñar otros mecanismos de control complementarios, sobre todo los controles financieros. El Derecho comunitario trae también a colación el papel de control que corresponde jugar a la sociedad como foro de discusión pública, así como la función de control preventivo que desempeñan determinados procedimientos administrativos especiales dotados de mecanismos cualificados de participación, como pueden ser los procedimientos de planificación (*vid.* 6/109-110, 122-123, 129). Ambos pueden servirnos de acicate para internarnos en "discursos de control" en sentido amplio. Condición para ello es una modificación de los *informes públicos*. El tipo de informe gubernativo y administrativo imperante en la actualidad aporta poco como instrumento de control, en la medida en que dichos informes carecen de elementos que permitan articular una crítica institucionalizada. Si los controles de la Administración han de servir para compensar las deficiencias de la labor de dirección o programación parlamentaria (*vid.* 4/5), se hace preciso construir un sistema de control que encierre ulteriores garantías de neutralidad y de independencia.

[157] STJCE, *Rec.*, 1990, p. 2879 (2905, 2908). Al respecto, *vid.* SCHOCH, en *DVBl.*, 1997, pp. 289 ss., donde se aportan mayores referencias.

[158] Sobre estas cuestiones, desde una perspectiva comparada, *vid.* GERSTNER, *Drittschutzproblematik*, pp. 179 ss.

[159] Véase sobre el tema fundamentalmente WEYREUTHER, *Verwaltungskontrolle durch Verbände?*; *vid.* también *BVerwGE*, 101, 73 y ss.; en sentido contrario, en relación con la violación de derechos procesales de las asociaciones, *vid.* *BVerwGE*, 87, 62 (68 y ss.).

1. *El papel central de la Justicia en la concepción actual del control de la Administración*

71. La Ley Fundamental ha conferido a la Justicia un papel preponderante en el control de la Administración. Y al hacerlo ha optado por seguir el camino hacia la juridificación de los conflictos políticos que ya marcase la historia constitucional alemana precedente. La jurisdicción contencioso-administrativa, cuyas piedras angulares quedaron asentadas a principios del siglo xx [160], ha asumido enérgicamente desde el principio el mandato constitucional de proporcionar a los derechos del individuo una tutela judicial omnicomprensiva. La "soberanía del poder ejecutivo" [161] es ya, pues, una noción superada. El ejecutivo cuenta con que sus actos pueden verse sometidos a control judicial. Los ciudadanos se presentan ante la Administración ostentando posiciones jurídicas que les permiten defenderse frente a ella. En el terreno del control de la Administración, en definitiva, la fuerte impronta judicial del Estado de Derecho que se desprende de la Ley Fundamental, y la posición central asumida en él por la jurisdicción contencioso-administrativa, han sabido por lo general —y por encima de todas las críticas [162]— imponerse con eficacia.

72. La preponderancia del aparato judicial en el control de la Administración no deja, con todo, de ser problemática. Y es que ella conlleva necesariamente el traslado del modelo del proceso judicial a la perspectiva general de la dogmática jurídica administrativa [163]. El tipo básico de proceso judicial es aquel orientado a la tutela de derechos individuales. En su epicentro se sitúa la búsqueda de la tutela jurídica del individuo, quien defiende sus intereses individuales frente a una determinada decisión administrativa [164]. El contexto más amplio dentro del cual se sitúan las decisiones administrativas, y en el que la decisión conflictiva es tan sólo un elemento más, condicionado por decisiones precedentes y difícilmente aislables de otras paralelas, aparece a lo sumo en un segundo plano. Ello conduce a una asimetría estructural. El proceso implica necesariamente una mutilación, en la medida en que en él sólo se puede dar entrada a constelaciones de intereses desde una perspectiva muy determinada. Muchas cosas, en cualquier caso, han sido ya decididas de antemano, esto es, antes de la adopción de

[160] Schmidt-Assmann, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Einleitung, núms. margs. 70 y ss.

[161] Es ésta la formulación del Tribunal Constitucional Federal en *BVerfGE*, 10, 264 (267); 51, 268 (284).

[162] *Vid.* Sendler, *DÖV*, 1989, p. 482 (esp. pp. 488 ss.); Bettermann, *Totaler Rechtsstaat*; ya con anterioridad y en esta línea se pronunciaba Scharpf, *Kosten des Rechtsstaats*.

[163] *Vid.* también Hoffmann-Riem, *DVBl*, 1994, p. 605, en pp. 607 ss.

[164] En este sentido, en relación con el proceso judicial en general, se expresa con acierto Vosskuhle, *Rechtsschutz*, p. 128.

concretas decisiones administrativas y de que éstas puedan ser examinadas en un procedimiento judicial. Por ello, el hecho de que un determinado interés, precisamente el del recurrente que solicita la tutela judicial, se convierta después en el foco de atención dentro del proceso, bien puede desencadenar reacciones desmedidas que no toman en consideración el contexto global de los intereses en juego. No parece, pues, y en definitiva, que una dogmática de decisiones administrativas complejas pueda ser elaborada exclusivamente desde la perspectiva de la tutela judicial.

73. Las consecuencias de la preeminencia del control judicial de la Administración se acentúan aún más debido al predominio en el Derecho administrativo alemán de las circunstancias de hecho materiales recogidas en la ley y de los parámetros de control igualmente materiales. El principio de sometimiento pleno de la Administración a control y la tendencia de los tribunales a asumir la responsabilidad de controlar la corrección del contenido de las decisiones administrativas conducen a que el Derecho procedimental administrativo aparezca minusvalorado como garantía de corrección de la actuación administrativa. Que ello es así se pone de manifiesto tanto en la jurisprudencia sobre las consecuencias de la falta de realización de la evaluación de impacto ambiental, como en las modificaciones que el legislador ha introducido a los §§ 45 y 46 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo *(Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG)* * (*vid.* 6/106, 113). Todo parece apuntar, sin embargo, considerando también el desarrollo en otros países europeos, a que sería conveniente recurrir más al procedimiento administrativo como garantía jurídica autónoma. Lo cual va de la mano de un reconocimiento también mayor de la capacidad de la Administración para decidir en última instancia [165]. Además, si la fiscalización judicial de la Administración se concentra principalmente en la formación de la voluntad administrativa, esa fiscalización se verá impulsada a examinar los criterios decisorios que han sido relevantes en la formación de dicha voluntad. En esta misma línea se hace también preciso prestar una mayor atención al Derecho presupuestario y una coordinación más precisa entre el control judicial de la Administración y su control financiero (*vid.* 4/82-86; 6/125-127).

* *N. del T.:* La reforma, introducida por la Ley de 12 de septiembre de 1996 (*BGBl*, I, p. 1354), ha tenido por objeto limitar el alcance de los efectos invalidantes de los defectos de orden formal acaecidos en el procedimiento administrativo.

[165] En favor de una reducción de la intensidad del control judicial en Alemania se pronuncia Brenner, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 391 ss.

2. *Cambios en las funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa*

74. La crítica anterior no tiene por objeto sugerir que el Derecho administrativo abandone su impronta judicial. La justicia administrativa y la jurisdicción contenciosa siguen siendo motores importantes para el desarrollo del ideal jurídico administrativo. También en este punto puede hacerse referencia al contexto europeo. El art. 164 del TCE * y el art. 6.1 del CEDH ** apuntan a la tutela judicial y al control judicial de la Administración como manifestaciones de un principio general del Derecho, que es fundamento tanto de sus tratados respectivos como de la tradición constitucional común de sus países miembros (*vid.* 7/29-30). Sí es con todo importante asumir una concepción del control de la Administración que permita responder a las distintas orientaciones normativas de la actividad administrativa con sanciones y mecanismos de control igualmente diferenciados (*vid.* 6/82-88). En ella debe reservarse a los tribunales una posición tan extraordinariamente importante como la que han venido disfrutando en el pasado, pero modificada en lo que a su tradicional orientación a la tutela de los derechos individuales se refiere. La teoría de la jurisdicción contencioso-administrativa, en suma, no debe seguir concentrándose *exclusivamente* en la tutela jurídico-subjetiva que el art. 19.4 de la GG garantiza.

a) Tutela cualificada de intereses

75. El Derecho procesal actual contiene alguna manifestación de estas funciones adicionales de control [166]. Los tribunales de lo contencioso-administrativo asumen ya hoy la llamada tutela de la competencia, figura importante para la articulación de las relaciones entre las distintas unidades administrativas. Sobre su base los tribunales de esta jurisdicción se encargan de encauzar las tendencias evolutivas, existentes en el seno de la estructura plural de la Administración, hacia una diferenciación de sus distintos sectores organizativos (*vid.* 5/32-53). Desde el punto de vista dogmático, y en la medida en que se refiere

* *N. del T.:* Art. 164 TCE: «El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado».

** *N. del T.:* Art. 6.1.1 CEDH: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el funcionamiento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

[166] Sobre el tema, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Einleitung, núms. margs. 170 y ss.; MASING, *Mobilisierung des Bürgers*, pp. 89 ss.

a conflictos entre Administraciones autónomas entre sí, esta tutela se configura como una tutela (ampliada) de derechos subjetivos. El derecho subjetivo se desvincula aquí de sus raíces iusfundamentales y se utiliza para abrir la posibilidad de clarificar judicialmente situaciones relativas a la articulación de intereses públicos formulados desde perspectivas diversas: desde las distintas perspectivas asumidas por Administraciones directamente estatales y por otras territorial o funcionalmente autónomas, y sólo indirectamente insertas en la estructura administrativa del Estado (*vid.* 3/50-59). Dentro del marco de la tutela de la competencia cabe también encuadrar conflictos procesales que surgen en el seno de la organización interna de una misma Administración, como pueden ser los conflictos interorgánicos en el seno de la Administración local o universitaria. El proceso judicial tiene aquí por objeto, sobre todo, estabilizar posiciones enfrentadas, pero no jerárquicamente ordenadas, dentro de la Administración pública correspondiente [167]. Se trata, en definitiva, de articular el control de la Administración a través de la tutela de su estructura decisional. En algunos casos puede incluso aplicarse en el seno de estructuras decisionales jerárquicas. La capacidad de cualquier autoridad administrativa de incoar el recurso contencioso-administrativo directo frente a Reglamentos del art. 47 VwGO constituye una muestra de una visión puramente objetiva del control de la Administración [168].

76. Pero el Derecho procesal alemán contiene también puntos de partida para la ampliación de funciones de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la *tutela de intereses* privados. Y también en este terreno los tribunales se encargan de encauzar procesos de diferenciación, procesos que esta vez parten de la propia sociedad y tienen un efecto de irradiación sobre el Derecho procesal. Contemplados desde la perspectiva del Derecho comparado, se trata con todo de puntos de partida aún poco desarrollados [169], y ello incluso si consideramos que la práctica actual de proteger a terceros afectados por decisiones administrativas ha hecho suya internamente parte del potencial de esta diferenciación de origen social a que se está haciendo referencia (*vid.* 4/57) [170]. Hasta ahora, sobre la base de la doctrina de las normas de protección, la mayoría de los autores viene descartando

[167] WAHL habla acertadamente de "competencias apersonales" (*"apersonalen Kompetenzen"*), en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Vorbemerkungen § 42.2, num. marg. 120. *Vid.* también *BVerwGE*, 45, 207 (210); BVerwG, *NJW* 1992, p. 927; HERBERT, *DÖV*, 1994, pp. 108 ss.

[168] § 47.2.1 *in fine* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa *(VwGO)*; sobre este punto *vid. BVerwGE*, 81, 307 (310).

[169] Para una crítica *vid.* CLASSEN, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pp. 39 ss.; en sentido distinto se pronuncia EHLERS, *VerwArch*, 1993, pp. 139 ss.

[170] BROHM (*DV*, 1991, p. 137, en p. 141) se expresa sobre el tema afirmando que la tutela de terceros se ha convertido en un tipo de "tutela colectiva de las minorías" (*"kollektivem Minderheitenschutz"*).

la posibilidad de ampliar aun más la noción de derechos subjetivos con objeto de permitirles abarcar situaciones en las que el recurrente no persigue intereses propios, sino que actúa como representante de intereses públicos [171]. La posibilidad de conceder a asociaciones, grupos de personas con intereses comunes, o a personas individuales derechos especiales para recurrir, bien siguiendo las pautas de la legitimación procesal por ministerio de la ley, o bien renunciando a toda relación individual del recurrente con el estado de cosas objeto de conflicto, es cuestión que se contempla como competencia del *legislador sectorial*, a nivel federal y de los *Länder*. Por esta alternativa se ha optado recientemente, y sobre todo, en la legislación de los *Länder* sobre protección de la naturaleza [172].

77. La tendencia a ampliar el mandato constitucional de control judicial de la Administración se ha acentuado considerablemente debido al Derecho comunitario (*vid.* 1/59). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado en diversas ocasiones, en relación con Directivas no traspuestas, que el Derecho de los Estados miembros debe garantizar que "los afectados" puedan exigir que los preceptos de dichas Directivas sean aplicados a su favor por los tribunales de justicia [173]. Hasta el momento no se ha aclarado si esta doctrina es fruto de una valoración material de intereses característica del reconocimiento de derechos subjetivos, o si con ella se concede un derecho de iniciativa puramente procesal. Sea como fuere, lo que sí está claro es que la doctrina apuntada desemboca en una ampliación de las posibilidades de recurrir respecto de los planteamientos hasta ahora vigentes en el Derecho procesal alemán [174]. Con ella se refuerzan también las tendencias que hoy existen en el Derecho alemán hacia el reconocimiento de una acción en defensa de meros intereses. A ello se suma además la perspectiva del Derecho comparado [175]. Efectivamente, otros ordenamientos jurídicos europeos parten también de una concepción del control configurada en términos fuertemente jurídico-objetivos. Y si bien estos ordenamientos no operan necesariamente en el contexto de la acción popular, sí reconocen un derecho a recurrir

[171] *Vid.* la posición de MASING, *Mobilisierung des Bürgers*, esp. pp. 111 ss.

[172] Cfr. REHBINDER, en *HdUR*, vol. 2, col. 2559 y ss., con ulteriores referencias; *vid.* también § 217, *UGB-BT* y la fundamentación que allí se ofrece en las pp. 456 ss.

[173] STJCE, *Rec.*, 1991, p. 2567 (2601); STJCE, *Rec.*, 1995, p. 2311 (2318). También encontramos otras referencias en V. DANWITZ, *DÖV*, 1996, pp. 481 ss.; CLASSEN, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pp. 73 ss.; WAHL, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Vorbemerkungen, § 42.2, núm. marg. 127. *Vid.* también STEINBERG, *DÖV*, 1996, p. 221, en pp. 229 ss.

[174] Así se expresa con acierto SCHWARZE, en *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, p. 123 (en p. 181), asimismo, en relación con el Derecho austríaco, POTACS y POLLAK, *ibidem*, p. 733, en pp. 767 ss.

[175] Cfr. CAPELLETTI, *Judicial Process*, pp. 268 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *DVBl*, 1997, p. 281, en pp. 283 ss.

a personas que ostentan un interés, incluyendo entre ellas a colectivos que actúan en sectores específicos [176]. Si atendemos, pues, a la armonización del Derecho alemán con el europeo, no puede sostenerse el planteamiento de política jurídica que pretende equilibrar la (excesiva) intensidad del control judicial de la Administración alemana mediante una definición restrictiva de las situaciones de hecho susceptibles de tutela judicial jurídico-subjetiva [177].

78. Pero también reflexionando sobre el desarrollo del Derecho alemán interno se llega a la conclusión de que es necesario ampliar el ámbito del control judicial de la Administración más allá de la tutela de los derechos subjetivos del individuo (*vid.* 2/74). Las decisiones administrativas son decisiones enormemente complejas y como tales difícilmente reconstruibles sobre la base de posiciones jurídicas individuales. Hasta ahora se ha venido recurriendo a un uso extensivo de la doctrina de las normas de protección como medio de integrar dentro de la concepción de la tutela de derechos individuales una parte de la labor de sintonización y de ponderación de complejas constelaciones de intereses implícita en las leyes. Este modo de proceder presenta, con todo, limitaciones, que se ponen de manifiesto en el requisito de la conexión de antijuridicidad (en el requisito, esto es, de que para que un recurso prospere la infracción del ordenamiento jurídico ha de suponer la violación de un derecho subjetivo del recurrente). Y es que desde la perspectiva de la tutela jurídico-subjetiva del individuo, tal conexión de antijuridicidad se exige también en el contexto de decisiones que exigen una ponderación de intereses (*vid.* 4/58). Pero si ya el marco de una tutela jurídico-subjetiva sólo permite percibir insuficientemente el limitado número de relaciones presentes en las concretas decisiones ponderativas del procedimiento de aprobación de proyectos con trascendencia espacial, tanto más será esto así en el contexto de una actividad planificadora de nivel superior, donde entran en juego intereses más amplios e interrelacionados. Éste es, ciertamente, un nivel de actuación cada vez más importante, en el cual se establecen valores guía y se decide acerca de constelaciones de intereses contrapuestos; pero ello no significa que deba quedar al margen de todo control judicial. También el Derecho procesal debe ir más allá del restringido ámbito de intereses generalmente definidos por su relevancia localizada, y allanar el camino para una consideración adecuada de intereses adicionales de índole económica, social o financiera.

[176] Sobre este punto *vid.* GERSTNER, *Drittschutzproblematik*, esp. pp. 54 ss. y 75 ss.

[177] Para algunas consideraciones en esta dirección, consúltese HERZOG, *NJW*, 1992, pp. 2601 ss.

b) *El diálogo jurídico y el modelo discursivo*

79. Todo ello apunta a la necesidad de introducir cambios en la actividad de control judicial. Y es que difícilmente pueden exigirse respuestas judiciales seguras, fruto de la fiscalización de un programa de decisión legislativa bien definido, en contextos en los que es preciso considerar intereses diversos y complejos. El modelo de control circunscrito a la ponderación, que en el terreno de la tutela de derechos individuales, y en virtud del art. 19.4 GG, se configura como una excepción necesitada de justificación (*vid.* 4/59), se convierte aquí en la regla general. Más aún, cuando se introduce el aparato judicial, con sus características específicas, dentro del sistema del control de la Administración, se está también situando en primer plano el papel del proceso judicial como foro para el esclarecimiento de intereses en terreno neutral. Foro éste que se caracteriza por la independencia e imparcialidad del juez (art. 97 de la GG *), la igualdad de armas entre las partes y por las amplias posibilidades de que éstas disponen para la articulación de sus intereses respectivos [178]. Todo ello otorga a la discusión y al diálogo jurídico una función clave [179]. Esta perspectiva sitúa en primer plano, no la sentencia judicial, ni tampoco el procedimiento de adopción de la misma considerado en abstracto, sino el componente comunicativo del proceso. Todo ello a un nivel en el que no existe aún separación entre causas litigiosas y otras no litigiosas o arbitrales. La discusión y el diálogo ofrecen, efectivamente, la oportunidad de integrar en el proceso contencioso-administrativo las hoy muy discutidas vías de solución extrajudicial de conflictos, siquiera de forma parcial.

80. Se trata, en definitiva, de que la dogmática jurídica complemente su visión confrontacional del conflicto judicial, de la sentencia que de él se deriva, y de su ejecución posterior, con elementos capaces de conducir una situación en principio controvertida hacia una solución pactada de la misma. La discusión jurídica puede actuar aquí de dos maneras: puede, por un lado, preparar el terreno para tal terminación pactada del proceso, y puede también, por otro lado, poner las bases para la aceptación de una sentencia dictada en sede judicial. Importantes son también las soluciones intermedias, soluciones que aunque no den respuesta a todos los puntos de un conflicto, sí logran un acuerdo entre las partes sobre algunos de importancia central para la continuación del procedimiento. La aplicación de este tipo de soluciones intermedias puede tener especial relevancia en el esclarecimiento de circunstancias de hecho complejas. El mero acuerdo sobre los fundamentos de una resolución administrativa de carácter predictivo, sobre los métodos seguidos o sobre los peritos que han de ser llamados al proceso, puede aligerar significativamente un proceso, incluso cuando éste siga desarrollándose por lo demás como litigioso [180].

81. Pero también las reflexiones sobre el cometido comunicativo del proceso contencioso-administrativo proporcionan una base para impulsar el desarrollo ulterior de la dogmática sobre la intensidad del control judicial de la Administración. La cesura, ampliamente asumida por la doctrina, entre decisiones administrativas sometidas a control judicial plenario y otras sometidas a control parcial o limitado sigue sin parecer convincente, ni en sus fundamentos, ni en sus consecuencias (*vid.* 4/59). Esto puede predicarse tanto de la división entre los controles que afectan a la determinación de los hechos y a la subsunción en las normas, como de los parámetros del control judicial parcial o limitado. En lugar de todo esto, las nociones de control retrospectivo y de control ponderativo pueden reconducirse a largo plazo a un modelo discursivo único [181]. En el primer plano de tal aproximación procedimental al tema de la intensidad del control de la Administración [182] se sitúa el proceso de comunicación con las partes procesales, y en su caso con los peritos. La idea guía de dicho control es ahora la de "trabajo de repaso": bajo la dirección judicial, deberán comprobarse punto por punto las motivaciones y las circunstancias de hecho asumidas por la Administración; asimismo, los puntos conflictivos habrán de examinarse sobre la base del estado de la jurisprudencia y de la discusión pública sobre el tema; y deberán también valorarse, en fin, las objeciones de las partes, en su caso tras ulterior sustanciación» [183]. En el proceso judicial se prescinde de las garantías de acierto que ofrece el procedimiento administrativo. Esto sirve para averiguar la consistencia y plausibilidad de las averiguaciones, valoraciones, ponderaciones y contrapesos realizados por las autoridades administrativas» [184]. De este modo el proceso contencioso-administrativo puede servir también para desarrollar discursos relativos a la valoración de riesgos (*vid.* 3/74).

* *N. del T.*: Art. 97.1 GG: «Los jueces serán independientes (*unabhängig*) y sólo estarán sometidos a la ley».

[178] Sobre este punto *vid.* Vosskuhle, *Rechtsschutz*, pp. 94 ss., con referencia sobre todo a Zimmmer, *Funktion — Kompetenz — Legitimation*, p. 293.

[179] *Vid.*, sobre el tema, Ortloff, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 104, núms. margs. 2 y ss.; § 106, núms. margs. 4 y ss.

[180] Sobre este tema se expresa de forma especialmente elocuente Ozawa y Susskind, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. 1, pp. 177 ss.

[181] Para ulteriores reflexiones sobre este punto, consúltese Schmidt-Assmann, *DVBl*, 1997, p. 281, en pp. 288 ss.

[182] Cfr. Goerlich, *DVBl*, 1993, p. 490, en p. 491.

[183] Cfr. *BVerfGE*, 85, 36 (58).

[184] Gerhardt, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Vorbemerkungen, § 113, núm. marg. 20.

3. *Controles financieros*

82. La necesidad de una integración más intensa del Derecho presupuestario en el Derecho administrativo (*vid.* 2/41, 78, 85; 6/95, 125-127) requiere también que se conceda a los controles financieros más atención de la que vienen recibiendo hasta ahora. Estos controles constituyen, junto con el control judicial, el segundo pilar del sistema de control de la Administración [185]. Dentro de los controles financieros se encuentran el autocontrol interno de la Administración y los controles externos. En su epicentro se sitúa, tanto en el Derecho nacional como en el europeo, la institución del *control de cuentas.* La reforma presupuestaria concede, con acierto, especial importancia a la ampliación de esta institución, y aspira a reforzar la posición de los controles externos a través de la creación de servicios propios de control de cuentas bajo la dependencia orgánica y funcional del Tribunal Federal de Cuentas [186].

83. Objeto del control de cuentas es el conjunto de la actividad de gestión presupuestaria y económica del sector público (§ 42 HGrG) [187]. En él se incluyen patrimonios públicos independientes (personificaciones jurídico-públicas de naturaleza patrimonial), la Administración estatal indirecta, las Administraciones autónomas, así como las empresas públicas y entidades que hayan recibido asignaciones con cargo al presupuesto público (§ 43 HGrG). Tampoco se excluyen instituciones con alto nivel de autonomía, como las instituciones científicas [188]. Al controlar la participación del Estado o de los *Länder* en empresas privadas (§ 44 HGrG), la fiscalización incide ampliamente además en el ámbito de la cooperación entre el Estado y la sociedad.

84. Los parámetros de control de la gestión presupuestaria y económica de la Administración son su economicidad y su regularidad. La *regularidad* incluye también la legalidad, la cual abarca, según opinión acertada, todo el programa de vinculación de la Administración al Derecho recogido en el art. 20.3 * de la GG [189]. El que los controles realizados en la práctica se hayan limitado hasta ahora, en lo posible, a los de Derecho presupuestario no significa que no puedan intensificarse, sobre todo en ámbitos en los que no suelen penetrar los con-

[185] Cfr. V. Mutius, *VVDStRL*, vol. 42, p. 147 (186 ss.); Schmidt-Assmann, *VVDStRL*, vol. 34, p. 221, en pp. 266 ss.

[186] § 100, BHO, § 20a BRHG idF de la Ley de 22 de diciembre de 1997, *BGBl*. I, p. 3251.

[187] Cfr. Schulze-Fielitz, *VVDStRL*, vol. 55, p. 231 y 241 ss.

[188] Trute, *Forschung*, pp. 474 ss.; cfr. *BVerwGE*, 74, 58 (caso de la fundación Volkswagen).

* *N. del T.:* Art. 20.3 GG: «El poder legislativo estará vinculado al orden constitucional, y el poder ejecutivo y el judicial estarán sujetos a la Ley y al Derecho».

[189] Stern, *Staatsrecht*, vol. 2, § 34 III 3c, p. 434; Kisker, en *HStR*, vol. 4, § 89, núm. marg. 110. En el ámbito del Derecho comunitario el art. 188c.2 del TCE contempla la legalidad como parámetro independiente de control.

troles judiciales. Antes bien, debería desarrollarse aquí una concepción del control de la Administración orientada a una coordinación mayor y más sistemática entre las distintas instancias.

85. Por su parte, *la economicidad (Wirtschaftlichkeit)* que se exige de la gestión presupuestaria y económica de la Administración implica la obligación de minimizar los medios para alcanzar unos fines determinados, así como la de maximizar la utilidad de los medios existentes (*vid.* 6/89-92). Este principio de maximización conlleva dificultades, en la medida en que encierra ya una valoración de los fines perseguidos, y presenta así "rasgos de racionalidad política" [190]. Los Tribunales de cuentas no pueden, naturalmente, efectuar valoraciones políticas globales sin contar con una jerarquía de fines claramente definida y aprehensible, pero sí pueden pronunciarse sobre situaciones desproporcionadas e indefendibles [191]. Por lo demás, la fiscalización de muestras, organizaciones, sistemas y programas de la Administración ha ido dando lugar a un conjunto de controles suficientemente bien definido como para permitir que la confrontación argumentativa con las entidades controladas goce al menos de racionalidad procedimental [192].

86. La potencialidad característica de los controles de los Tribunales de cuentas reside, de un lado, en la independencia de éstos, y, de otro, en su profesionalidad. Los Tribunales de cuentas cubren así la necesidad de información objetiva y sin maquillaje que la opinión pública reclama de forma cada vez más clara, sobre todo si consideramos que los controles administrativos y parlamentarios a menudo carecen de fuerza política para realizar valoraciones claras, o bien se paralizan recíprocamente [193]. La independencia exige un distanciamiento duradero entre los órganos de control y las instancias y los expedientes fiscalizados. De ahí que las actividades de asesoramiento que puedan llevarse a cabo junto a las de fiscalización deban seguir siendo limitadas y no puedan conducir en ningún caso a situaciones de responsabilidad compartida.

87. Los Tribunales de cuentas han superado ya hace tiempo la condición de órganos de colaboración con los Parlamentos [194]. Sus *Memorias de fiscalización* no sólo constituyen la base para la rendición de cuentas por parte del Gobierno (art. 114.1 de la GG *), sino que

[190] Reinermann, *DV*, 1981, p. 483 (p. 491); en el mismo sentido, Schulze-Fielitz, *VVDStRL*, vol. 55, p. 231 y 256.

[191] Kisker, en *HStR*, vol. 4, § 89, núms. margs. 113 y ss.; cfr. Stern, *Staatsrecht*, vol. 2, § 34 III 3 c, p. 439; Degenhart, *VVDStRL*, vol. 55, p. 190, en pp. 208 ss.

[192] *Vid.*, sobre este punto, Schulze-Fielitz, *VVDStRL*, vol. 55, p. 231, en pp. 258 ss. y 264 ss.

[193] Cfr. Kisker, en *HStR*, vol. 4, § 89, núms. margs. 97 y ss. y 126 y ss.

[194] Sobre la posición de los Tribunales de cuentas entre los poderes del Estado, *vid.* Stern, *Staatsrecht*, vol. 2, § 34 IV 2-4; *DÖV*, 1990, pp. 261 y 264.

* *N. del T.:* Art. 114.1 GG: «El Ministerio Federal de Hacienda deberá rendir cuentas a la Dieta Federal (Bundestag)y al Consejo Federal (Bundesrat) sobre cualesquiera ingresos

activan además la función de control de la sociedad [195]. En sus mecanismos sancionadores, los Tribunales de cuentas se diferencian de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, los cuales se ocupan fundamentalmente de corregir de forma vinculante decisiones administrativas aisladas. Hasta ahora, la relación entre ambas instancias de control ha sido objeto de discusión exclusivamente en el marco de una tutela judicial frente a la actividad de los Tribunales de cuentas [196]. Y, sin embargo, con vistas a mejorar el sistema de control de la Administración, sería preciso examinar dicha relación, no ya en función del enfrentamiento entre ambas instancias, sino sobre la base de su complementariedad [197]. Para mejorar la coordinación entre ambas es preciso ante todo una integración material más intensa del Derecho presupuestario en el Derecho administrativo general. Las específicas conexiones entre los controles deben comenzar con el intercambio recíproco de información. No hemos de olvidar que los Tribunales de cuentas se ocupan con mayor amplitud de patologías de la práctica administrativa, que las sentencias judiciales sólo identifican de forma puntual. Una mayor coordinación puede propiciar una aplicación más estricta del Derecho en el terreno, por ejemplo, de las subvenciones, o en el de la adjudicación de contratos públicos. Cabe asimismo imaginar ulteriores conexiones una vez se haya operado una construcción más amplia de la tutela judicial de meros intereses, y quepa interponer acciones en defensa de dichos intereses por la violación del Derecho presupuestario (*vid.* 4/79).

y gastos, así como sobre el patrimonio y las deudas en el transcurso del ejercicio económico siguiente, a efectos de descargo del Gobierno Federal».

[195] Cfr. SCHULZE-FIELITZ, *VVDStRL*, vol. 55, p. 231 (pp. 242 ss., también p. 239) sobre el carácter público independiente de los Tribunales de cuentas; *vid.* también KREBS, *Kontrolle*, pp. 214 ss.; HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, p. 516.

[196] Sobre el tema, y para ulteriores referencias, *vid.* SCHULZE-FIELITZ, *VVDStRL*, vol. 55, p. 231, en pp. 268 ss.

[197] KREBS (*Kontrolle*, pp. 220 ss.) propone puntos de partida para este fin.

CAPÍTULO QUINTO *

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ORGANIZACIÓN: EL SIGNIFICADO DEL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN

A. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN, SUS RETOS Y PERSPECTIVAS

1. «El Estado moderno sólo adquiere existencia como sujeto capaz de decidir y de actuar, a través del Derecho de la organización que lo constituye como tal» [1]. La actividad administrativa se desarrolla en y a través de organizaciones, y es en ellas donde entran en contacto el Estado como organización y las fuerzas sociales. En consecuencia, el Derecho de la organización debe ocupar un lugar central en el sistema del Derecho administrativo, pues es justamente el Derecho de la organización el que permite que las actividades prestacionales de la Administración y las posibilidades de participación por parte de los ciudadanos se inserten en *estructuras*. En el Derecho de la organización deben cohonestarse las exigencias de la cláusula del Estado de Derecho en punto a una asignación clara de responsabilidades y a la efectividad o eficacia, de un lado, con lo que, por su parte, demanda o exige la legitimación democrática, de otro. Es precisamente el Derecho de la organización adminis-

* Este Capítulo ha sido traducido por Alejandro Huergo Lora.

[1] En este sentido, RITTER, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 207 (207); es muy ilustrativo acerca de la realidad práctica B. BECKER, *Öffentliche Verwaltung*, pp. 115 ss. y 529 ss.

trativa el que debe reflejar ese "orden del interés general" al que se debe tender siempre [2].

I. La dogmática tradicional y los cambios necesarios

2. Pese a todo esto, el Derecho de la organización se considera normalmente un sector eminentemente estático, en el cual sólo con un considerable retraso se consolidan nuevos planteamientos [3]. La dogmática tradicional se agota muchas veces en la mera descripción, sin que sus técnicas y formas parezcan permitir un desarrollo positivo.

1. *Crítica de los fundamentos de la regulación actual*

3. El Derecho de la organización administrativa se constituye a partir de tres elementos: formas jurídicas, divisiones o clasificaciones características o sistematizadoras y determinados principios jurídicos materiales [4]. Las *formas jurídicas de la organización* constituyen los elementos fundamentales. Así, los conceptos de cargo, órgano, corporación, institución y fundación de Derecho público, así como las formas organizativas del Derecho de sociedades a las que recurre la Administración (sociedad anónima y sociedad limitada), constituyen, en consecuencia, su objeto más importante, también en las exposiciones académicas del Derecho de la organización administrativa [5] *. Estas formas jurídicas garantizan la capacidad de actuación de una determinada unidad organizativa con el fin de intervenir en el tráfico jurídico, así como su posición jurídica en relación con otras unidades de la Administración, incluida la posibilidad de defender judicialmente esa posición jurídica. La vesta externa, sin embargo, resulta poco determinante del contenido o estructura interna de la unidad organizativa de que se trate. La corporación supone una excepción a lo que se acaba de decir, puesto que al apoyarse sobre una estructura de tipo asociativo exige que la organización interna tenga unas determinadas características. Las demás formas jurídicas resultan prácticamente indiferentes en este sentido.

4. Por lo que respecta a las divisiones características o sistematizadoras, la más importante es la distinción entre Administraciones *(Verwaltungsträger)* y órganos o unidades administrativas *(Verwaltungsstellen)*. Las Administraciones tienen normalmente capacidad jurídica [6], y, por lo tanto, a esta distinción subyace el concepto de persona jurídica *. Su función primaria consiste en establecer un centro de imputación unitario para los derechos y obligaciones en la relación entre el ciudadano y el Estado. El actual Derecho de la organización no da demasiada importancia a las demás repercusiones de esta figura jurídica, que, sin embargo, son muy relevantes. La idea del carácter unitario de la capacidad jurídica se deriva de las exigencias y condicionantes del Derecho privado [7]. Por contra, no responde de manera suficientemente adecuada a las cuestiones, de carácter netamente jurídico-administrativo, relativas a la independencia o subordinación de unas unidades administrativas respecto a otras. El reconocimiento en numerosos supuestos de la llamada capacidad jurídica parcial indica la necesidad de establecer unas distinciones más matizadas de lo que permite el concepto de persona jurídica.

---

[2] *BVerfGE*, 93, 37 (74): «un desempeño de la función pública que sea eficaz, vinculado a la Ley y al Derecho y orientado al interés general»; *vid.* también KIRCHHOF, en *HStR*, vol. I, § 59, núms. margs. 87 y 88. Sobre el desarrollo histórico del Derecho de la organización, *vid.* STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. I, pp. 366 ss.; vol. II, pp. 416 y 417; además, y con un alcance muy superior a su título, BIEBACK, *Öffentliche Körperschaft.*

[3] Cfr. FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, p. 431: el Derecho de la organización y de los órganos «no ha encontrado un puesto fijo y consolidado y en los manuales de Derecho administrativo alemán»; en este sentido, FABER, *Verwaltungsrecht*, § 10, I.

[4] En relación con los temas desarrollados a continuación, *vid.* las exposiciones sistemáticas de LOSCHELDER, en *HStR*, vol. III, § 68, núms. margs. 3 y ss., y KREBS, en *HStR*, vol. I, § 69, núms. margs. 23 y ss. Un análisis histórico y su crítica en RUPP, *Grundfragen*, pp. 18 ss. y 181 ss.; BÖCKENFÖRDE, en *Festschrift für Wolf*, pp. 269 ss.; también SCHNAPP, *AöR*, 1980, pp. 243 ss., y su *Rechtstheorie*, 1978, pp. 275 ss.

[5] Cfr. LOESER, *Berichtswesen*, pp. 62 ss. y 81 ss.

* *N. del T.:* En el texto se traduce *Amt* y *Behörde* por cargo y órgano, respectivamente. Es difícil establecer una traducción exacta para ninguno de esos términos, lo que hace necesaria alguna precisión. *Amt* sería el "cargo", entendido como la unidad organizativa más pequeña, que se corresponde con el ámbito de tareas asignado a una persona. *Behörde* significa literalmente "autoridad", pero en sentido jurídico (así, por ejemplo, en el § 1, apartado 4, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, VwVfG) se refiere a los órganos administrativos que ejercen competencias *ad extra*, es decir, en relación con los ciudadanos. Acercándonos, con todas las cautelas, al Derecho español, la *Behörde* sería, en cierto modo, el órgano administrativo en sentido estricto frente a la mera unidad administrativa, tal como los distingue el art. 5.2 de la LOFAGE.

[6] Cfr. WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 4, núms. margs. 1 y 2, y § 34, núms. margs. 6 y ss.

* *N. del T.:* Como se explica en el texto, el elemento característico de los distintos sujetos que ejercen funciones administrativas, o *Verwaltungsträger* (concepto que se ha traducido como "Administración" en sentido subjetivo) es que tienen capacidad jurídica (total o parcial), es decir, que se trata de sujetos que actúan como centro de imputación de derechos y obligaciones y no como órganos de una persona. En consecuencia, tienen personalidad jurídica en el Derecho alemán la Federación *(Bund)*, los *Länder*, los municipios y otros entes de Derecho público, dependientes de uno de estos tres niveles de Administración. La personalidad jurídica del Estado es un tema sometido a discusión y el sistema se caracteriza también por su flexibilidad, es decir, se admite que determinados entes puedan ejercer intervenir en el tráfico jurídico-administrativo sin tener personalidad jurídica, o a partir únicamente de una capacidad jurídica parcial.

[7] *Vid.* la convincente crítica de RUPP, *Grundfragen*, pp. 81 ss.; RUDOLF, en ERICHSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 53, núms. margs. 6 y ss.

La segunda gran distinción, la que se da entre el Derecho externo y el Derecho interno [8], es visible hoy en múltiples instituciones jurídicas a través de las cuales se canalizan las relaciones entre las distintas unidades organizativas *. Las figuras jurídicas del Derecho interno (instrucciones y decisiones organizativas) están dotadas de garantías menores desde el punto de vista del Estado de Derecho, en aspectos como el procedimiento y la tutela judicial. El Derecho interno parece, en consecuencia, más flexible que el Derecho externo. Pero también por ello está menos estudiado dogmáticamente, de modo que las disposiciones internas, muy abundantes, especialmente las relativas a los aspectos organizativos del Derecho procedimental, no han sido analizadas jurídicamente en la medida necesaria, pese a la gran importancia que tienen, ya que son ellas las que estructuran el proceso de la toma de decisiones de la Administración desde el punto de vista interno.

5. Los *principios jurídicos materiales* se hallan presididos por el concepto de vinculación jerárquica [9]. Con frecuencia, tiende a verse en la jerarquía el principio más importante en la construcción del Derecho de la organización administrativa. Esta misma idea late en las tesis que sostienen que sólo en ámbitos muy limitados es admisible el fenómeno de las administraciones independientes ** [10]. Al hacer esto, muchas veces se está dando valor absoluto a la idea de unidad, que en realidad es una nota que sólo se da en la Administración estatal ***,

[8] *Vid.* Krebs, en *HStR*, vol. III, § 69, núms. margs. 26 y ss.

* *N. del T.:* El autor se refiere a la clásica distinción entre normas con eficacia *ad extra*, es decir, que regulan las relaciones entre distintos sujetos (singularmente, entre el Estado y el ciudadano) y normas con eficacia meramente *ad intra*, es decir, que sólo regulan el funcionamiento interno de una organización y que, dictadas por los órganos de ésta, no vinculan a los sujetos exteriores a ella. Típico ejemplo de "normas internas" serían las instrucciones y órdenes de servicio.

[9] Cfr., por ejemplo, Loschelder, en *HStR*, vol. III, § 68, núms. margs. 23 y ss.; Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 342 y 343; Dreier, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 129 ss.

** Se traduce como "administración independiente" la expresión alemana *"ministerialfreier Raum"*, que literalmente quiere decir "espacio libre de ministerio", es decir, unidad administrativa no sometida jerárquicamente a ningún ministro o, lo que es lo mismo, no incluida en la estructura administrativa jerárquica. Esta traducción está avalada por el uso doctrinal español, porque la doctrina ya ha observado que las administraciones independientes constituyen *"ministerialfreie Räume"*: *vid.* E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 11.ª ed., 2002, p. 428.

[10] Sobre este tema, *vid.* Kirchhof, en *HStR*, vol. III, § 59, núm. marg. 101; E. Klein, *Ministerialfreier Raum*, pp. 43 ss. y 207 ss.

*** *N. del T.:* Se traduce como "Administración estatal" la expresión *"unmittelbare Staatsverwaltung"*, que literalmente equivale a "Administración del Estado inmediata". En el Derecho alemán, el "Estado", que es, a estos efectos, tanto la Federación como los *Länder*, puede ejercer sus competencias a través de su propia organización (y en esto consiste la administración "inmediata") o bien a través de otras administraciones que tienen su propia personalidad jurídica, como las corporaciones locales, y que por esto son administración "mediata". Por lo tanto,

burocráticamente organizada. Se asume esa forma de Administración como un modelo estándar, del que sólo en casos justificados cabe apartarse. No sólo esto, sino que las ideas de jerarquía y de que las funciones administrativas se ejerzan mediante una cadena de órganos monocráticos se asumen como principios generales incluso en ámbitos donde el modelo de la Administración jerárquicamente ordenada no ha tenido un desarrollo dogmático tan grande [11]. Así, la figura jurídica del órgano se ha construido tomando como modelo los órganos cuyo titular es un funcionario, y la institución de la autoridad administrativa * se ha elaborado sobre el modelo del órgano monocrático. Por el contrario, las teorías generales del Derecho de la organización administrativa dedican escasa atención a otros elementos de esta organización, como los electos o los expertos a los que se encarga una misión específica. Estas figuras se estudian, en su caso, en la Parte especial del Derecho de la organización, por ejemplo en el Derecho municipal.

6. También es criticable el *método*. La función de modelo y la preeminencia reconocida al esquema organizativo de la Administración estatal, derivan de una forma, estrictamente jurídica, de entender la vinculación a la Ley. Sin embargo, en realidad esta manera de ver las cosas es el resultado de una serie de postulados extrajurídicos, no afirmados explícitamente y carentes de fundamento. Así, hay una idea de base, según la cual la mejor forma de hacer efectiva la vinculación de la Administración a la Ley es un modelo que se basa, en el plano de la teoría jurídica, sobre el concepto de subsunción, y en el plano organizativo sobre la línea jerárquica. No se intenta averiguar si ese modelo garantiza efectivamente la vinculación de la Administración a la Ley. En consecuencia, la dogmática tradicional descansa sobre unas ideas vagamente plausibles, pero que los nuevos conocimientos obtenidos por las ciencias sociales no confirman. En efecto, las burocracias no son instancias neutrales en el proceso de ejecución de la Ley, sino que tienen sus propios intereses y sus problemas en el proceso de obtención y tratamiento de informaciones [12]. Las relaciones de las que se ocupa el Derecho tradicional de la organización tienden a verse, según este modelo, como cadenas de decisiones que discurren de mane-

lo que en el texto he llamado "Administración estatal" es la Administración federal y de los *Länder*, por oposición a las corporaciones locales y a la Administración institucional.

[11] Un ejemplo representativo es Wolff y Bachof, *Verwaltungsrecht II* (4.ª ed.), §§ 71 y ss.; más ampliamente la exposición, de ciencia de la administración, de B. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, especialmente pp. 221 ss.

* *N. del T.:* En el texto se traduce como "autoridad" o autoridad administrativa el término *"Behörde"*, lo que corresponde al significado literal, pero puede ser poco orientador. A diferencia del término órgano *(Organ)*, que es doctrinal y no suele aparecer en la legislación, el término *"Behörde"* sí aparece frecuentemente en las Leyes para designar las unidades administrativas que tienen competencia para adoptar decisiones que produzcan efectos frente a terceros. En otros lugares he traducido *"Behörde"* por órgano, porque no se establecía en el original una contraposición directa entre *"Behörde"* y *"Organ"*.

[12] Sobre este tema, con más ejemplos, J. P. Schneider, *JbNPÖ*, 1996, p. 82 (pp. 87 ss.).

ra vertical y lineal. En cambio, no se presta atención a la influencia que se ejerce en el sentido contrario al de la línea de mando, ni a las estructuras en red. Esto explica a su vez la escasa atención que se dedica a la regulación jurídica de los procedimientos de la organización, por ejemplo, a los órganos colegiados. El arsenal de figuras jurídicas disponibles es demasiado estrecho para poder comprender y encauzar las tendencias hacia modos de actuación informales.

2. *La evolución más reciente de la práctica*

7. El carácter estático de la dogmática tradicional del Derecho de la organización contrasta con una variedad de fenómenos que se han ido produciendo en la práctica de la organización y que se han reflejado en la legislación. Ya Ernst FORSTHOFF había observado esos desplazamientos de los límites y destacado su valor para la organización administrativa en cuanto "institución de trabajo" [13]. A la objeción de que, de este modo, se ignoraban los elementos específicos de la organización estatal, respondía así: «Esta objeción es cierta en parte. Cuando se subraya que la organización estatal es una organización de trabajo se relativizan en gran medida sus diferencias respecto a las organizaciones privadas, en especial las económicas. Sin embargo, esa relativización responde a la realidad». Con mayor claridad aún, Helmut KLAGES dice, a propósito de la situación actual: «Expresándonos en trazos gruesos, puede decirse que hoy se registra un desplazamiento de la Administración desde el modelo organizativo weberiano, caracterizado por un elevado grado de formalización y centralización y por la estructura jerárquica de la "organización burocrática", hacia un modelo organizativo "fractual", caracterizado por ser básicamente informal y descentralizado y por basarse en relaciones de cooperación horizontal y en estructuras reticulares igualmente horizontales» [14].

8. Una simple ojeada a distintos sectores de referencia muestra fenómenos muy diferentes y muy poco ajustados a las estructuras típicas de la dogmática tradicional. La organización administrativa ha sufrido un proceso de diversificación, hacia adentro y hacia afuera [15]. En los ámbitos en los que se introduce el *nuevo modelo de dirección,* se lleva a cabo también, de forma instrumental, una reforma de la organización administrativa desde dentro (*vid.* 1/41-44) *. Se relajan los vínculos y

[13] *Vid.* FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, p. 439.

[14] *Vid.* KLAGES, en HILL y KLAGES, *Reform der Landesverwaltung*. p. 7 (p. 12).

[15] En este sentido, KREBS, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 339 (340).

* *N. del T.:* El "nuevo modelo de dirección" es una nueva manera de concebir la actividad administrativa, descrita en el Capítulo 1, núms. margs. 41-44, que busca la eficacia tomando prestados conceptos del mundo empresarial, como la idea de que toda la actividad administrativa

las cadenas de mando y de toma de decisiones y se ajustan a una «responsabilidad descentralizada respecto a los recursos disponibles», una especie de autorregulación interna, que aprovecha algunos mecanismos propios del mercado. Este modelo tiene implicaciones jurídicas que van más allá del campo del Derecho de la organización clásico, y abarcan el empleo público y el Derecho presupuestario. Similares consecuencias tiene la *privatización*, que es la segunda gran línea de desarrollo del Derecho de la organización administrativa (*vid.* 1/46).

— *Las formas organizativas de la regulación del mercado:* La privatización y la desregulación no suponen la disolución o desaparición de los sectores de actividad administrativa objeto de tales movimientos, sino que los transforman (*vid.* 3/91) [16]: la Administración deja de ser prestadora por sí misma para convertirse en garante de la prestación: deja de ocuparse de prestar el servicio y pasa a ocuparse de supervisar su prestación, lo que tiene consecuencias en el campo de la organización. Esto es especialmente interesante en aquellos ámbitos en que la supervisión administrativa va unida a la asignación de medios escasos o a la imposición de obligaciones adicionales de servicio (*vid.* 3/4-5) *. Esto ocurre, por ejemplo, en materia de medios de comunicación, ferrocarriles, correos y telecomunicaciones. Aquí se observa una tendencia a la creación de autoridades administrativas especializadas a distintos niveles (así, la Autoridad Federal del Ferrocarril, la Autoridad Reguladora prevista en los §§ 66 y ss. de la *Telekommunikationsgesetz,* las instituciones encargadas de los medios de comunicación en los *Länder*). Este proceso obliga al Derecho de la organización a analizar sistemáticamente también las distintas relaciones clientelares que se producen en esas entidades.

— *La organización del conocimiento científico-técnico:* Aparentemente, las comisiones de expertos, las instituciones dedicadas a la investigación y la participación de la Administración en organizaciones externas de expertos tienen poco que ver entre sí. Sin embargo, es preciso analizarlas conjuntamente, porque plantean problemas organizativos similares. El conocimiento especializado tiene una peculiaridad y una independencia difíciles de conciliar con los esquemas del Derecho administrativo clásico. Es necesario verificar si esas pretensiones de independencia están justificadas, así como someterlas al Estado de Derecho mediante estructuras organizativas adecuadas [17].

— *Nuevas formas de comunicación a nivel local:* Aquí se estudian nuevos fenómenos de la Administración municipal, como las unidades

consiste en la prestación de servicios y la preparación de productos destinados a unos "clientes" que son los ciudadanos.

[16] *Vid.* BAUER, *VVDStRL*, vol. 54, p. 243 (pp. 277 ss.).

* *N. del T.:* Esas "obligaciones adicionales de servicio" *(zusätzliche Versorgungspflichten)* se corresponden con las obligaciones de servicio público.

[17] *Vid.* RITTER, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 207 ss.

administrativas de distrito, los centros de asesoramiento a los ciudadanos o los foros ciudadanos. También se incluyen formas de democracia y codecisión directas (*referenda,* elección popular de los titulares de algunos órganos). Pero estas nuevas formas de comunicación no están limitadas a la Administración municipal. También se encuentran en los sectores de la seguridad social y del medio ambiente. De alguna forma, se trata de zonas de frontera o de transición entre las organizaciones administrativas y las organizaciones sociales autónomas, que llevan a nuevos esquemas organizativos y de responsabilidad.

— *Empresas públicas y mixtas:* Las empresas públicas sometidas al Derecho privado no son algo nuevo. Sin embargo, las condiciones en las que la empresa pública tiene que actuar, a nivel nacional, pero también, cada vez más, internacional [18], han cambiado mucho en los últimos tiempos, obligando a introducir adaptaciones estructurales. El actual debate sobre la privatización hace aún mayor la importancia de la sociedad de capital como esquema organizativo del Derecho de la organización administrativa. Las privatizaciones son procesos dinámicos. No consisten únicamente en que la Administración se sirva de instituciones y tipos organizativos propios del Derecho privado (privatización formal), sino que también deben permitir la utilización de capital y de *know-how* técnico de origen privado (privatización material parcial) [19]. Las empresas mixtas son muy importantes, por ejemplo, en el ámbito del los servicios básicos * y cada vez más en el transporte público de cercanías.

3. *La organización como técnica de intervención y las funciones del Derecho de la organización administrativa*

9. El sencillo repaso que se acaba de hacer permite comprobar la importancia que tienen las cuestiones relativas a la estructura organizativa en el cumplimiento de muy distintas funciones administrativas. La intervención administrativa es, en una proporción muy importante, *intervención organizativa.* Esto se comprueba especialmente en sectores en los que la intervención por medio de técnicas de planificación o programación es muy difícil: en la regulación jurídica de la ciencia, en la intervención de expertos o en las prestaciones materiales de carácter social. Gran parte de las demandas de cambio y adaptación a que están sometidas las Administraciones modernas se solucionan con medidas organizativas. De esta manera, las organizaciones pueden asumir, transformar y transmitir múltiples demandas de intervención. En lugar de transformaciones institucionales, se adoptan nuevas técnicas de dirección, esquemas procedimentales del Derecho privado y sistemas de negociación.

[18] *Vid.* HELLERMANN, en el *Festschrift für Böckenförde,* pp. 277 ss.

[19] *Vid.* HABERSACK, *ZGR,* 1996, pp. 544 ss.

* *N. del T.:* Traduzco *Versorgungswirtschaft* (literalmente, economía del suministro) por "servicios básicos". La expresión "servicios públicos", con todas sus connotaciones jurídicas derivadas de la tradición francesa, puede llevar a error. La expresión "servicios básicos" se refiere básicamente al suministro de los servicios que se prestan a través de redes.

10. Una rama del Derecho que pretenda regir las organizaciones desde dentro y aprovechar las posibilidades de dirección intrínsecas a ellas, debe tener en cuenta los elementos específicos de las organizaciones: debe abarcar la variedad de fuerzas que actúan en ellas y ordenar su interacción en un marco flexible pero también definido. En consecuencia, el Derecho de la organización se caracteriza por ser un Derecho-marco. Influye sobre la realidad jurídica de forma *mediata* [20], al establecer las premisas de la actuación administrativa. Sus efectos son necesariamente imprecisos y a veces tardíos. En compensación, el espectro en el que despliega su eficacia es muy amplio.

11. La complejidad de las organizaciones administrativas exige también un alto grado de complejidad en la dogmática del Derecho de la organización: el estudio no puede limitarse al Derecho de la organización en sentido estricto, es decir, a las normas jurídicas que regulan la estructura, la distribución territorial y la competencia de la Administración. Es necesario tener en cuenta igualmente las conexiones con el procedimiento administrativo, el empleo público y el Derecho presupuestario. El Derecho de la organización no adquiere eficacia a través de la aplicación de esas normas aisladas, sino mediante su combinación superpuesta. Son esos *mecanismos complejos del Derecho de la organización* los que forman las estructuras de las organizaciones y los que les permiten desarrollar su actividad de dirección e intervención. La puesta a punto de esas construcciones organizativas exige la aplicación de normas jurídicas, pero no es una actividad exclusivamente dogmática. Exige la aplicación de las *ciencias de la organización* con sus experiencias y sus modelos, lo que plantea en sí mismo un problema metodológico. La jurisprudencia constitucional más reciente en torno a la regulación de la radiodifusión o a la representación y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas deja a la vista esa dependencia en que se encuentran los razonamientos jurídicos respecto a los conocimientos alcanzados por las ciencias sociales y ha establecido mecanismos de recepción de tales conocimientos, por ejemplo, con referencia a los niveles de legitimación (*vid.* 2/98-99). La tarea especial que recae sobre la investigación en materia de Derecho de la organización consiste en no ocultar esa interdisciplinariedad latente en el objeto de estudio, sino en desarrollarla dogmáticamente [21].

[20] *Vid.* TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht,* p. 249 (pp. 256 ss.); FABER, *Verwaltungsrecht,* § 9, III, habla de un "principio de intervención débil" (p. 58).

[21] *Vid.,* sobre este punto, SCHMIDT-ASSMANN, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht,* p. 9 (pp. 33 ss.).

II. Fundamentos y marco de un nuevo planteamiento

12. Las organizaciones son mecanismos sociales cuya capacidad de actuación sólo puede conocerse tras un exacto análisis de sus estructuras. De aquí deriva la gran dependencia del Derecho de la organización respecto de las ciencias de la organización. Es necesario tener en cuenta, además, las tareas encomendadas a la organización administrativa y los parámetros estructurales que fija la Constitución.

1. *La importancia de las ciencias de la organización*

13. Las organizaciones viven, en cuanto sistemas sociales, de la interacción entre sus miembros, pero a la vez ellas mismas son partes de la sociedad que se relacionan con las demás partes [22]. Son estructuras basadas en la división del trabajo, lo que permite combinar diferentes formas de actividad, regidas por distintas racionalidades. El Derecho de la organización ordena jurídicamente como organizaciones a estas instituciones que actúan en la sociedad. Debe fijar su posición en relación con otros sistemas sociales y en particular en el tráfico jurídico, y también regular la formación de su voluntad. «No se puede concebir a la organización en sentido jurídico y en sentido fáctico como dos aspectos diferentes, con presupuestos y problemas distintos, sino como dos caras de una misma realidad. Por tanto, los conceptos fundamentales del Derecho de la organización deben racionalizar y expresar una realidad sociojurídica previamente dada» [23].

14. Las llamadas *teorías de la organización* pueden proporcionar una primera orientación [24]. Las relaciones entre la teoría clásica de la burocracia de Max Weber y el modelo organizativo de la Administración federal y de los *Länder* son bien conocidas y no precisan de mayores explicaciones. Pero también hay reglas del comportamiento típico de las organizaciones que derivan de los postulados teóricos de la psicología organizativa o de la economía de las instituciones, que no se sabe bien dónde encajan en la construcción jurídica del Derecho de la organización. Del mismo modo que las distintas teorías que se van formulando acerca del fenómeno organizativo no desplazan a las anteriores, sino que las completan, tampoco se trata de que el Derecho de la organización renuncie al principio jerárquico, sino más bien de que el Derecho administrativo se ocupe también de otros modelos

[22] *Vid.* Mayntz, *Soziologie öffentlicher Verwaltung*, p. 82.

[23] Böckenförde, en *Festschrift für Wolff*, p. 269 (294); en el mismo sentido, Brohm, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, pp. 16 ss.

[24] Sobre este tema, *vid.* B. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, pp. 547 ss.; Kieser, *Organisationstheorien;* Schimank, en Kerber y Schmieder, *Spezielle Soziologien*, pp. 240 ss.; más bibliografía en Gross, en Schmidt-Assmann y Hoffmann-Riem, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 139 ss.

organizativos. En un primer análisis, aplicando técnicas propias de la ciencia de la organización, puede comprobarse que existen algunos campos dotados de características y necesidades propias que deben ser reconocidas también en el plano jurídico. Estos "puntos de especial atención" se derivan de un conjunto de observaciones, experiencias y datos proporcionados por el análisis de la organización en sí misma considerada [25].

— Las organizaciones como sistemas de *procesamiento de la información:* La obtención y tratamiento de informaciones, el control del flujo de la información en el interior de las unidades organizativas y entre ellas, la obtención de fuentes externas de información, por ejemplo, mediante la audiencia de expertos o a través de la cooperación con el sector privado, como cuando se da valor jurídico a normas elaboradas por particulares.

— Las organizaciones como *sistemas de coordinación:* Instrumentos y procedimientos para la consecución de acuerdos internos y para la formación de la voluntad de la organización, coordinación horizontal y vertical, órganos e imputación, mecanismos especiales de coordinación, como, por ejemplo, los órganos colegiados.

— Estructuras de poder de las organizaciones: El ejercicio del poder estatal y los mecanismos organizativos que se corresponden con su configuración constitucional como un poder democrático en un Estado de Derecho, la estructuración jerárquica de la cadena de mando, la extensión del ejercicio del poder a través de la delegación y la participación.

— *Organizaciones formales e informales:* La trascendencia de la diversidad de figuras jurídico-organizativas y la competencia para elegir entre ellas, la naturaleza jurídica del Derecho de la organización, la licitud de las organizaciones informales y sus límites.

— *Relaciones entre organizaciones:* Autonomía y dependencia de las unidades organizativas dentro de la Administración, las diferentes formas de dependencia, mecanismos de coordinación externa (a través del Derecho, de los recursos financieros y de órdenes e instrucciones), los distintos grupos de la organización y su ordenación a través de la teoría de la relación jurídica.

— *La organización y el medio que la rodea:* Organizaciones que se encuentran a medio camino entre la Administración y la sociedad. La participación de unidades administrativas en empresas y consorcios (en general, empresas con participación pública y privada). Sistemas de negociación.

[25] Puede verse este mismo concepto y su aplicación al campo de las decisiones administrativas en Hoffmann-Riem, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und Flexibilität*, p. 9 (pp. 19 ss.); íd., en Hoffmann-Riem, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, p. 261 (pp. 290 ss.).

2. *La influencia de las funciones de la Administración*

15. El Derecho sólo puede desarrollar satisfactoriamente su función si la organización administrativa se adecua a las funciones de la Administración. No existen, sin embargo, equivalencias inmediatas que permitan efectuar fáciles deducciones. Se trata más bien de avanzar por aproximación en esa correspondencia entre organización y funciones. Lo que está claro, de todas formas, es que el análisis funcional es imprescindible para poder discutir racionalmente sobre las condiciones que son necesarias para una actuación eficaz de la organización administrativa.

16. Para abarcar adecuadamente las funciones administrativas es necesario dividirlas en distintos sectores (*vid.* 3/77-92). Los elementos distintivos de cada sector son la función material encomendada a la Administración, las técnicas empleadas para su consecución y el modo en que se articula la actuación estatal con la privada. Las *funciones materiales* se corresponden con las denominaciones de los grandes sectores funcionales en que se dividen organizativamente las Administraciones territoriales, por ejemplo "seguridad", "asuntos sociales", "medio ambiente", "economía", "tráfico", "energía", etc. La denominación de estas funciones no es una base suficiente para la reflexión acerca de la organización administrativa. Ese punto de apoyo más concreto lo constituyen las *técnicas* empleadas para la realización de las funciones. Esas técnicas hacen referencia a fases del trabajo administrativo y a conjuntos organizados de esas fases, que implican la actuación de distintos elementos personales, técnicos y organizativos. Son técnicas, en este sentido, la actividad ejecutiva, el planeamiento o las técnicas de control. También pueden dividirse las técnicas, desde otro punto de vista, según se dirijan a la adopción de resoluciones, a la realización de actividades materiales o técnicas o a la consecución de recursos financieros. La Economía de la Administración ha estudiado abundantemente las relaciones que existen entre las técnicas de actuación administrativa y las estructuras organizativas [26].

17. La relación entre una función y una determinada organización deriva normalmente de una decisión política, expresada a través de una norma legal de atribución de competencias. La competencia territorial, objetiva y jerárquica, es el cauce a través del cual se manifiestan algunos principios tradicionales y básicos de la Administración (territorialidad, especialidad, jerarquía) [27]. El Derecho de la organización constituye en estos casos un arsenal de instrumentos jurídicos a disposición del legislador, puesto que gracias a él las normas de atribución

[26] *Vid.* Eichhorn, *Verwaltungsökonomie*, I, en especial, pp. 181 ss.; íd., en *HWÖ*, pp. 1063 ss.
[27] *Vid.* Faber, *Verwaltungsrecht*, § 9 IV.

de competencias remiten a diferentes tipos organizativos previamente definidos. Esto no significa que a cada función administrativa corresponda *jurídicamente* un modelo organizativo o una configuración organizativa perfectamente determinada y sin posibilidad de variación. Esto sería imposible porque existen demasiadas variables y porque es necesario atender a distintos factores [28]. Pero sí se puede decir, a grandes rasgos, que en ciertas condiciones una determinada figura organizativa es más o menos eficaz para la realización de una concreta función administrativa.

3. *Los parámetros de Derecho constitucional y comunitario*

18. Los parámetros constitucionales derivan, en primer lugar, de los *derechos fundamentales* (*vid.* 2/33-46). En cuanto derechos que protegen un ámbito de libertad frente a injerencias externas, limitan, por ejemplo, la posibilidad de que se creen y se les atribuyan funciones a corporaciones de pertenencia obligatoria. En la medida en que los derechos fundamentales protegen jurídicamente determinados intereses, condicionan la estructura de las organizaciones, a fin de garantizar el acierto técnico de su actuación o para hacer efectiva su vinculación a la satisfacción del interés general [29], al asegurar mediante procedimientos internos el pluralismo, la neutralidad y la transparencia [30]. Con ello se trasciende la finalidad de tutela individual propia de los derechos fundamentales, y se da efectividad al propósito constitucional de garantizar la claridad en la atribución de responsabilidades, la racionalidad y la eficiencia en la toma de decisiones públicas (*vid.* 2/75-78) [31].

19. En este punto el principio de Estado de Derecho entra en conflicto con el principio democrático, que tiende a trasladarse de manera especial a la organización administrativa. No se puede olvidar la relevancia del mandato de legitimación democrática. La GG ha abordado este problema distinguiendo diferentes niveles, cuya base común es el principio de legitimación democrática del art. 20.2 y que avanza desde la legitimación democrática de la autonomía local hasta la legitimación autónoma (*vid.* 2/80-93). Lo importante es el nivel de legitimación que se puede alcanzar a través de las distintas fuentes de legitimación (*vid.* 2/98-99). Además, el Estado debe garantizar un determinado nivel de legitimación en aquellas estructuras organizativas que sirven para la cooperación entre el Estado y la sociedad y que tienen participación de elementos privados (*vid.* 2/100-101). Otros elementos

[28] Schreyoegg, *Umwelt, Technologie, Organisationsstruktur*, pp. 159 ss.
[29] Sobre esta cuestión, Denninger, en *HStR*, vol. V, § 113, núms. margs. 34 y ss.; también *BVerfGE*, 83, 238 (315 ss.); 90, 60 (97 ss.).
[30] Denninger, en *HStR*, vol. V, § 113, núm. marg. 36.
[31] Sobre esta cuestión, Di Fabio, *VerwArch*, 1990, p. 193 (pp. 210 ss.).

importantes de un Derecho de la organización de signo democrático, son el consenso o la conformidad de los interesados con las decisiones administrativas, su participación, la transparencia de los procesos de toma de decisiones y de la propia organización, y la apertura del procedimiento. Estos elementos están vinculados al mandato de legitimación y contribuyen a completarlo y fortalecerlo (*vid.* 2/102-116).

20. El Derecho comunitario contribuye a subrayar esta tendencia. Intenta aumentar la apertura de la Administración y parece afirmarse una tendencia (*vid.* 1/60; 6/109-110) a obligar a los Estados miembros a crear más autoridades independientes [32]. Estos ámbitos de alejamiento del principio jerárquico deberían garantizar más neutralidad y una mejor calidad de las decisiones. Sin embargo, no dejan de plantear problemas, entre otras cosas porque la legislación comunitaria contribuye, aquí y en otros ámbitos (*vid.* 2/12), a aflojar la legitimación parlamentaria de las Administraciones de los Estados miembros [33]. Pueden llegar a producirse tensiones entre los distintos elementos del principio democrático. La idea de que una Administración es más democrática cuanto más incorpore estos elementos, es incompleta, porque se trata de integrarlos, no de una simple yuxtaposición.

III. El Derecho de la organización administrativa desde un punto de vista sistemático

21. Al hacer referencia a la construcción de un sistema, se pretende destacar la relación entre los mecanismos normativos jurídicos y extrajurídicos, así como, por lo que respecta al Derecho, entre los preceptos, las instituciones, las reglas de procedimiento y las figuras dogmáticas, es decir, las técnicas o instrumentos del Derecho de la organización. Los "puntos de especial atención" desempeñan una función metodológica, porque ponen de manifiesto determinadas potencialidades y problemas condicionados por el factor organizativo, que hacen necesaria una respuesta jurídica.

La existencia de una organización implica una *distinción específica* entre los ámbitos interno y externo a ella misma. Desde el punto de vista jurídico, esa distinción se refleja en el estatuto jurídico de la organización y de sus miembros. Ese límite entre lo interno y lo externo es especialmente problemático en relación con el tratamiento de la *información.* Los problemas se refieren a la protección de datos y también a la protección frente a las actividades estatales que consisten

[32] Art. 20 del Reglamento CE/2075/1992, sobre la organización común de mercados en el sector del tabaco crudo; art. 2 del Reglamento de la Comisión CE/85/1993, sobre agencias de control en el sector del tabaco; art. 4 del Reglamento CE/95/1993, sobre Normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios.

[33] En este sentido, VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 200 ss.

precisamente en informar; en ambos casos es necesario que se adopten medidas adecuadas en el plano de la organización. En aquellos ámbitos en los que se recabe la colaboración de expertos y la Administración otorgue una especial relevancia a la información proporcionada por ellos, las medidas que se adopten para asegurar la calidad de la información y para tener en cuenta de forma adecuada todos los intereses afectados, tendrán que aplicarse también a ese ámbito privado que excede de la organización administrativa en sentido estricto pero que coopera con ella.

22. La función más importante de la organización en cuanto concepto jurídico es la *transformación* de actos de voluntad individuales en actuaciones colectivas. Es muy importante que ese mecanismo se ordene jurídicamente a través de una regulación adecuada del procedimiento interno de formación de la voluntad del ente. Así se ha reconocido, por lo que respecta a las decisiones colegiadas, en las normas relativas al procedimiento local, al de adopción de decisiones por órganos de tipo científico, o en el procedimiento administrativo [34]. Es preciso investigar si esas normas pueden ser reducidas a un modelo común. Pero también es necesario extender el esfuerzo de sistematización a aquellos ámbitos en los que la transformación organizativa en el sentido que se acaba de indicar se lleva a cabo en una estructura monocrática. También aquí surgen problemas jurídicos acerca del manejo de la información. Los fenómenos de participación, delegación y transferencia de las potestades de decisión en el interior de las organizaciones plantean nuevas cuestiones. Todo esto se hace especialmente evidente si se quiere adaptar la estructura de mando de una unidad administrativa a las técnicas alumbradas por las teorías gerenciales más recientes (*vid.* 1/41-42). La dirección a través de objetivos y la asignación global de los recursos presupuestarios a las distintas unidades encargadas de la consecución de cada objetivo requieren, entre otras cosas, nuevas formas de control. El Derecho de la organización se cruza en este punto con el financiero, el presupuestario y el del control contable.

23. Los parámetros constitucionales plantean tres grandes problemas a los que se tiene que enfrentar cualquier intento de sistematización dogmática. En cuanto *sistema de la legitimación*, el Derecho de la organización tiene que establecer, en primer lugar, qué estructuras deben utilizarse para que la organización administrativa cumpla las exigencias constitucionales de legitimación, y en segundo lugar, cómo se pueden configurar esas estructuras para que no sólo se respeten esas exigencias de legitimación externa, sino que se establezcan también mecanismos internos que refuercen la vinculación de la actividad de

[34] Sobre el alcance de esos preceptos ("normas en cierto modo ineludibles") para los procesos de deliberación, *vid.* BRAUN, *Politische Steuerung*, p. 387.

esas organizaciones a la consecución de los intereses generales. En cuanto *sistema de la información,* el Derecho de la organización debe disciplinar jurídicamente el intercambio de información dentro de la organización. El contacto entre las distintas organizaciones debe disciplinarse mediante la técnica de la relación jurídica. En este sentido, el dualismo entre "ámbito jurídico interno" y "relaciones con terceros" debe sustituirse por un abanico de relaciones jurídicas que dé respuesta al supuesto de que se produzca un manejo inadecuado de la información. En cuanto *sistema de control,* el Derecho de la organización debe desarrollar nuevos mecanismos de control, más allá de las técnicas tradicionales consistentes en el control de legalidad, el control de oportunidad y el control jerárquico. En este sentido, se debe ir hacia controles de eficiencia (*vid.* 6/94-96), nuevas formas de evaluación y de un *controlling* más complejo, así como, en cierta medida, a concebir a la opinión pública como un medio de control [35].

24. En consecuencia, el Derecho de la organización administrativa no puede ser sólo un conjunto de reglas para la Administración estatal (federal y de los *Länder*). También hay que tener en cuenta a la organización administrativa propia de los entes dotados de autonomía, y además en pie de igualdad con el tipo anteriormente examinado, en cuanto constituye el segundo modelo típico de la organización administrativa. Además, el Derecho de la organización no puede limitar su ámbito exclusivamente a las unidades organizativas regidas por el Derecho público. Si ya se venía estudiando la aplicación del Derecho privado a las empresas públicas, hay que ampliar el análisis a las empresas de economía mixta, como forma de colaboración entre lo público y lo privado. Pero el campo de análisis debe ampliarse más aún, para incluir otras formas de cooperación con la sociedad, en todo caso con peculiaridades propias [36]. Esto se aplica, en primer lugar, a aquellos ámbitos en los que esa cooperación ha dado lugar a figuras institucionales en el ámbito administrativo. Pero el Derecho de la organización administrativa también debe ocuparse de aquellos casos en que la Administración participa en organizaciones o entes que, en cuanto tales, no pertenecen al campo de lo público, sino al de la sociedad. Por tanto, el Derecho de la organización administrativa debe abordar, dogmáticamente, seis diferentes tipos organizativos:

— Las organizaciones de estructura jerárquica.
— Las organizaciones de estructura colegial.
— Las formas organizativas basadas en la obtención de conocimientos especializados, científicos o de expertos.
— Las formas organizativas propias de la autonomía local.
— La organización de los entes de ciencia e investigación.

[35] Sobre este tema, HOFFMANN-RIEM, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 355 (pp. 390 ss.); también B. BECKER, *Öffentliche Verwaltung*, pp. 870 ss.
[36] *Vid.* BENZ, *Kooperative Verwaltung*, pp. 171 ss.

— La estructura de las organizaciones "intermedias", es decir, en las que se institucionaliza la cooperación Estado-sociedad.

B. CUESTIONES DOGMÁTICAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN

25. Las reflexiones acerca de una dogmática general de la organización tienen que partir de la dogmática tradicional. Sin embargo, tienen que tener en cuenta de un modo especial las conclusiones a las que se ha llegado en los estudios dedicados a sectores concretos de la organización administrativa, con el fin, sobre todo, de ver si esas experiencias pueden dar lugar a figuras jurídicas nuevas cuyo ámbito abarque el campo tradicional y los sectores más novedosos. De esta forma, la construcción de una teoría general sirve para comprobar si están justificadas las particularidades sectoriales que se han querido ver en los estudios parciales.

I. La tarea del legislador en materia organizativa

26. La Ley en sentido formal ha desempeñado siempre en esta materia un papel específico que nunca ha quedado totalmente fijado [37]. Aunque, por un lado, la organización es la esencia de la Administración, y, en consecuencia, no puede estar totalmente en manos ajenas a la propia Administración (*vid.* 4/44), por otro lado, la organización administrativa es impensable sin normas legales que la estructuren y le den estabilidad. La Ley es, también en este campo, el garante de la racionalidad y la sistematización, y proporciona legitimidad democrática. El papel directivo de la Ley se desarrolla por dos vías: de manera inmediata, en la medida en que la Ley contiene una determinada decisión parlamentaria en materia organizativa, y también mediata, puesto que crea estructuras administrativas en cuya existencia se materializa de forma permanente la legitimación democrática [38].

27. Algunas decisiones organizativas que afectan a los derechos fundamentales, como, por ejemplo, las relativas a la concesión a terceros del ejercicio de funciones públicas, o las que hacen obligatoria la pertenencia a un determinado ente, están indudablemente reservadas al legislador, tanto en virtud de la reserva relativa a la intervención en la libertad de los ciudadanos como, sobre todo, por la reserva institucional (*vid.* 4/18-20). Esta argumentación, que reserva a la Ley el establecimiento de las líneas fundamentales de la estructura administrativa

[37] Sobre el particular, *vid.*, por todos, G. C. BURMEISTER, *Institutioneller Gesetzesvorbehalt.*
[38] Sobre este tema, acertadamente, G. C. BURMEISTER, *Institutioneller Gesetzesvorbehalt*, pp. 320 y 321.

jerarquizada, significa que el legislador debe fijar su configuración, competencias y distribución territorial. También necesitan una base legal las especialidades o excepciones que tengan algunas unidades administrativas. Esto último no debe decidirse únicamente en función de que a esa unidad administrativa se le atribuya, o no, personalidad jurídica, del mismo modo que no siempre la supresión de una unidad dotada de personalidad jurídica requerirá una autorización legal.

28. Las medidas privatizadoras de singular relevancia, al menos cuando afecten a estructuras administrativas de gran dimensión, requieren una base legal específica, puesto que conllevan alteraciones duraderas de la estructura y de la atribución de responsabilidad en el seno de la Administración. Otra cosa ocurre a nivel local, donde la alternancia entre la utilización de formas organizativas de Derecho público o de Derecho privado es un fenómeno normal, que no necesita otra autorización que la que contiene el Derecho económico municipal. Por el contrario, la adquisición y la enajenación de participaciones accionariales no requiere una autorización legal específica. Lo mismo se aplica a la privatización material de empresas públicas sometidas al Derecho privado, como se deduce *a contrario* del art. 87.*e)*, apartado 3, inciso 3.°, de la GG *. También se pueden crear sin necesidad de autorización legal formas institucionales sencillas que canalicen la cooperación entre la Administración y la empresa privada. Por lo que respecta a estructuras más complejas y duraderas, se requiere una regulación legal siempre que las decisiones adoptadas conjuntamente vinculen de hecho a la Administración. El criterio de la esencialidad debe servir para determinar cuál es el «contenido mínimo institucional de esa regulación legal» [39].

29. En las leyes relativas a la organización, la idea de concreción o certidumbre de la Ley tiene un significado diferente al habitual, que se ha formado a partir de las Leyes que regulan supuestos de hecho materiales (*vid.* 4/26-35). Las normas organizativas no tienen como misión dirigir desde fuera las conductas. Se trata más bien de actuar e influir desde dentro. Sus contenidos más típicos son preceptos acerca de los procedimientos internos, reglas atributivas de competencias, los límites entre distintos ámbitos de responsabilidad, preceptos reguladores de procedimientos en los que se intenta alcanzar el consenso entre diversos sujetos, o en los que se establece la competencia para

* *N. del T.:* El art. 87.*e)* de la GG regula la forma de organización de los ferrocarriles federales, y dispone en su apartado 3 que dichos ferrocarriles se gestionarán a través de empresas con forma jurídico-privada. El inciso 3, citado en el texto, dice: «En virtud de una Ley se podrán enajenar acciones de la Federación en las empresas a que se refiere el inciso 2 [se trata de las empresas a que hemos hechos referencia al comienzo de la nota]; la Federación deberá retener la mayoría de las acciones de estas empresas».

[39] Sobre este concepto y los criterios que lo definen, *vid.* G. C. Burmeister, *Institutioneller Gesetzesvorbehalt*, pp. 323 ss.

adoptar la decisión en caso de desacuerdo, así como preceptos sobre el manejo de informaciones o para garantizar que la Administración actúe para proteger los intereses generales, sin identificarlos con ningún interés particular. Todos estos elementos no alcanzan su eficacia actuando aisladamente, sino cuando se utilizan conjuntamente como técnicas jurídicas de la organización (*vid.* 5/11).

30. Para juzgar su éxito, es necesario tener en cuenta los efectos de las distintas medidas en su conjunto. Es un complicado proceso valorativo, por la complejidad de la regulación a la que afecta y porque tiene que operar con plazos amplios. Por lo tanto, el margen de configuración de que disfruta el legislador es, en esta materia, especialmente amplio. No es posible hacer pronósticos mínimamente seguros acerca de la repercusión que cada uno de los elementos regulativos vaya a producir sobre los demás. Las ciencias de la organización pueden aportar alguna información, describiendo procesos que se suelen producir ante situaciones típicas, una especie de "leyes del movimiento". Sin embargo, la verdadera evolución depende de los miembros de la organización y de la conducta que adopten. Cuando una determinada evolución amenace vulnerar los parámetros constitucionales, el legislador competente en materia organizativa está obligado a observarla y en su caso a corregirla [40]. Estos deberes son la consecuencia lógica del hecho de que, en este campo, el alcance de la adopción de una determinada medida sólo puede medirse por las consecuencias que, con el tiempo, se derivan de aquélla.

31. Si los efectos de la utilización de las técnicas jurídico-organizativas están condicionados por diversas circunstancias y sólo pueden comprobarse a largo plazo, se hace necesario admitir el uso de otros remedios organizativos de orden práctico. La praxis administrativa está sometida a continuos cambios. El Derecho vigente debería dar cabida en sus categorías a esta necesaria adaptación, sin necesidad de modificaciones normativas. La concepción institucional de la reserva de Ley no debería ser un obstáculo a estas posibilidades de innovación. Por otro lado, es conveniente reconocer al Ejecutivo un ámbito de ensayo, de tal modo que pueda poner en marcha, siempre que sean de forma reversible y limitada, medidas que, si fueran a tener carácter indefinido, sí requerirían una autorización legal. Múltiples normas de tipo presupuestario o funcionarial establecen autorizaciones o dispensas especiales para estos casos. Otra vía para dotar al Derecho de la organización de la necesaria flexibilidad son las *cláusulas de apertura* o de dispensa. Estas cláusulas pueden cumplir una función positiva, aunque no se pueden ignorar los riesgos que tienen, comunes a cualquier técnica que permita eludir las normas vigentes [41]. En los casos en que

[40] *BVerfGE*, 93, 37 (74).

[41] En contra, Siedentopf, *DÖV*, 1995, p. 193; en un sentido más positivo, Lange, *DÖV*, 1995, pp. 770 ss.; con matices, Jutzi, *DÖV*, 1996, pp. 25 ss.; Grzeszick, *DV*, 1997, pp. 545 ss.

sean necesarias, habría que preguntarse si esa necesidad de flexibilidad no se debe a un exceso de regulación, de tal modo que la solución más adecuada sería una reducción de la densidad normativa (*vid.* 2/22-23).

II. La "unidad de la Administración" como problema de legitimación

32. Una de las cuestiones dogmáticas centrales del Derecho de la organización es si la Administración es unitaria o se compone de diversos sujetos. Una u otra concepción tienen consecuencias muy relevantes en la obtención y tratamiento de la información en la Administración pública, y también a la hora de definir las responsabilidades respectivas o los medios de cooperación entre los distintos sujetos.

1. *La concepción constitucional de una Administración compuesta*

33. La discusión sobre el carácter unitario o compuesto de la Administración puede ser abordada desde distintos puntos de vista [42]. Si atendemos a la perspectiva histórica, la Administración alemana es desde hace mucho tiempo una Administración compuesta, a nivel federal y local. La existencia de entidades separadas tiene una larga tradición. Los planteamientos unitarios han surgido como una reacción, no como una característica estructural del sistema. Una Administración compuesta es la respuesta adecuada, desde el punto de vista de la ciencia de la organización, a la complejidad de funciones y de intereses a que se ve enfrentada en las sociedades actuales [43]. Las unidades administrativas independientes llevan a cabo la recepción de nuevas necesidades sociales. Sólo a través de un contacto estable y organizado con las fuerzas e intereses determinantes en cada sector social, pueden las Administraciones adquirir los conocimientos necesarios para llevar a cabo cualquier forma de actuación (*vid.* 1/48). Por eso, una Administración que está en contacto con la sociedad y que le ofrezca distintas caras y puntos de relación, está en condiciones de lograr la capacidad de innovación que es necesaria para su conservación [44]. En este sentido, tanto la racionalidad en la toma de decisiones como la eficiencia en su ejecución abogan por una Administración compuesta. Sin embargo, la eficacia administrativa se invoca también para defender una estructura unitaria en la cadena de mando, el establecimiento de reglas claras

[42] Como hacen DAZU y HAVERKATE, *VVDStRL*, vol. 46, pp. 181 ss. y 27 ss.

[43] SCHUPPERT, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, esp. pp. 191 ss.; también LOESER, *Bundes-Organisationsgesetz*, pp. 196 ss.

[44] DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 296 ss.; también LADEUR, *DV*, 1992, pp. 137 ss.

sobre la organización y la distribución de competencias y líneas jerárquicas tan extendidas como sea posible [45].

34. Esta ambivalencia se manifiesta igualmente en los parámetros constitucionales [46]. Mientras que los arts. 83 y siguientes y el art. 28.2 de la GG establecen una organización administrativa compuesta por elementos claramente diferenciados, el sistema de gobierno parlamentario tiende a establecer mecanismos de actuación centralizados y potestades de dirección y de control. Los derechos fundamentales exigen una aplicación eficaz e igual de la Ley, para la que las organizaciones burocráticas parecen mejor dotadas. Sin embargo, los derechos fundamentales también pueden hacer necesario, como ocurre en el caso de la radio o de la ciencia y la investigación, establecer modelos organizativos no basados en la dependencia respecto a los representantes políticos.

A la vista de estas diferentes tendencias, está claro que no puede postularse la unidad administrativa como una consecuencia del principio de Estado de Derecho o del principio democrático [47]. La democracia y el Estado de Derecho exigen, es cierto, una "unidad de actuación y de decisión", pero no una unidad estática e inmanente, sino una unidad que se logra caso por caso y por procedimientos diferentes [48]. En este sentido, las estructuras jerárquicas, las potestades de dirección y la existencia de vínculos estrictos entre las distintas organizaciones son *un* elemento, frente al que se opone el carácter compuesto de la Administración (que a su vez contribuye a la imparcialidad o equidistancia entre intereses), y cuyos efectos pueden conseguirse también a través de otros medios de unificación, como, por ejemplo, una vinculación más estricta a la Ley o nuevas formas de control [49]. Para la GG, lo normal es una Administración compuesta [50], que debe producir decisiones que se imputen al Estado en su totalidad como decisiones democráticamente legitimadas.

35. Si el Derecho de la organización quiere estar a la altura de las nuevas doctrinas acerca de la legitimación, tiene que asumir como

[45] Con referencia a la Administración local supramunicipal, SCHMIDT-ASSMANN, *DVBl*, 1996, p. 533 (536 y 537).

[46] En términos similares, BRYDE, *VVDStRL*, vol. 46, p. 181 (186); KREBS, en *HStR*, vol. 3, § 69, núm. marg. 80.

[47] Como hace, aunque con muchas limitaciones y matices, HAVERKATE, *VVDStRL*, vol. 46, p. 217 (pp. 221 y 222).

[48] BRYDE, *VVDStRL*, vol. 46, p. 181 (p. 198), habla acertadamente de «la consecución de la unidad a distintos niveles, de actuación, información y decisión, a través del procedimiento»; en el mismo sentido, SCHUPPERT, *DÖV*, 1987, p. 757 (p. 761); también matizando, ISENSEE, en *HStR*, vol. I, § 13, núms. margs. 155 y ss.

[49] En parecidos términos, SCHUPPERT, *Staat*, 1993, p. 581 (pp. 607 y 608). Sobre las técnicas de autocontrol profesional, *vid.* TRUTE, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 249 (pp. 283 ss.).

[50] KREBS, en *HStR*, vol. 3, § 69, núm. marg. 22; en parecidos términos, SCHUPPERT, *DÖV*, 1987, p. 757 (p. 759).

objetivo la consecución de un nivel de legitimación adecuado, que surja de la ponderación de elementos que tiendan a la unidad junto a otros factores que garanticen la división del poder (*vid.* 2/98-99). No todo lo que se aparta de las ideas tradicionales basadas en estrechos vínculos jerárquicos, y se acerca al modelo de las "autoridades independientes", supone necesariamente un déficit de legitimación democrática en el sentido del art. 20.2 de la GG [51]. De hecho, la legitimación institucional puede exigir que determinadas decisiones se adopten desde instancias independientes, con el correspondiente debilitamiento o "dilución" de la legitimación material o personal, a fin de mejorar la calidad del contenido de la decisión (*vid.* 2/99) [52]. En estos casos, el factor decisivo es saber si ese retroceso de la legitimación estrictamente democrática es aprovechado por los representantes de intereses particulares, o bien, a pesar de ese adelgazamiento o debilitamiento de los cauces de legitimación, puede hablarse de todos modos de una conexión y de una dependencia del pueblo como titular de la soberanía. A partir de ahora distinguiremos entre entes simplemente dotados de autonomía, entes caracterizados por dar cabida a una pluralidad de intereses, empresas organizadas bajo formas de Derecho privado e instituciones en las que se produce una conexión o convivencia entre el Estado y la sociedad [53]. En el primer caso se trata simplemente del reconocimiento de una posición autónoma respecto a los órganos políticos * pero sin que se alteren los mecanismos de legitimación, mientras que cuando se transfieren competencias decisorias a órganos colegiados representativos

[51] Sobre la ambigüedad conceptual de la "independencia" de estas administraciones, *vid.* E. KLEIN, *Ministerialfreier Raum*, pp. 58 ss.; últimamente, con amplia bibliografía, JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 102 ss. Al menos puede decirse que las construcciones doctrinales que califican como "administración independiente", aplicándole una exigencia de justificación jurídica, a todos los supuestos de autonomía administrativa (así, JESTAEDT, *op. cit.*, pp. 107 y 108), llevan a la falsa conclusión de que la única Administración que se ajusta al único modelo constitucional de organización administrativa es la Administración propia de la Federación y de los *Länder*.

[52] La idea de "dilución" de la legitimación se encuentra en EMDE, *Funktionale Selbstverwaltung*, p. 12.

[53] En este sentido, *vid.* la intervención de SCHUPPERT, en *VVDStRL*, 46, p. 277, donde habla de la delimitación de "situaciones de riesgo propias de cada tipo de organización", para los tres grupos que son las empresas públicas, las corporaciones representativas de intereses y las unidades organizativas dirigidas a colectivos determinados. También HAVERKATE, *VVDStRL*, 46, p. 217 (p. 223), que habla de la desconexión a través de "el aislamiento de los intereses administrativos" y el "traslado de las competencias decisorias a organizaciones aglutinadoras de intereses privados"; cfr. la distinción entre el simple no sometimiento a instrucciones jerárquicas y esa misma situación de no sometimiento cuando se aplica a órganos colegiados representativos de una pluralidad de intereses en JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 115 y 116.

* *N. del T.*: En este punto y en otros, el autor habla de "*Entkoppelung*" (literalmente, desconexión, desengranaje, desvinculación), para hacer referencia a que un determinado órgano o ente queda colocado al margen de la estructura jerárquica de una Administración, es decir, de la estructura que se remonta hasta los cargos de extracción política y dotados de legitimación democrática.

de una pluralidad de intereses, se altera la fuente de legitimación. En las empresas públicas, la aplicación de los mecanismos de mercado con su racionalidad propia actúa como un factor adicional de desconexión y autonomía respecto a los órganos políticos. Las organizaciones intermedias en las que canaliza la cooperación entre el Estado y los particulares están en sentido estricto fuera de la organización administrativa y de su régimen jurídico, pero por su importancia como ámbito de colaboración institucionalizada, se debe hacer referencia a ellas junto a las unidades administrativas autónomas.

2. *Unidades administrativas independientes* *, **

36. La creación de unidades administrativas independientes (en sentido estricto, es decir, sin confundirlas con los demás tipos enumerados en el párrafo anterior) puede obedecer a diferentes causas, lo que a su vez se refleja en el grado y en la clase de desconexión respecto a los órganos políticos.

a) La independencia al servicio de la imparcialidad

37. Un motivo importante para la creación de entidades independientes es alejar a los órganos competentes para decidir de los requerimientos políticos del momento, cuando esos requerimientos son uno solo de los intereses que el órgano debe ponderar equilibradamente. En estos casos, la desconexión sirve para garantizar la separación de poderes en el interior de la Administración [54]. El ejemplo más importante de esta clase de autoridades independientes se encuentra en los bancos centrales (art. 107 del Tratado constitutivo de la

* *N. del T.*: Se traduce *Einheiten* por unidades, pese a que el término carece de tradición en español y no se corresponde con el concepto de "unidades administrativas" que maneja el art. 5.2 LOFAGE, porque resulta preferible a otras alternativas como "órganos" o, por otro lado, "entes" o "entidades". El concepto alemán de *Einheiten* es más amplio que el español de órgano, puesto que puede aplicarse a una autoridad independiente en su conjunto, como, por ejemplo, un banco central. Tampoco se ajusta a conceptos como ente o entidad, puesto que éstos presuponen la personalidad jurídica independiente, mientras que la palabra *Einheit* puede aplicarse, por ejemplo, a un determinado órgano colegiado adscrito a una Administración y carente de personalidad jurídica.

** *N. del T.*: Se traduce *verselbständigt* por "independiente", pese a que la traducción literal sería "separado", por adaptarse mejor al sentido. Cuando en el texto se habla de unidades "independientes", se ha de entender esto último en un sentido genérico, que se aclara en cada caso en las explicaciones que siguen. La independencia lo es respecto al respectivo Gobierno (federal o de un *Land*) como órgano político que dirige la administración y le presta legitimación democrática.

[54] En este punto es fundamental SCHLINK, *Amtshilfe*, pp. 11 ss.; también KREBS, en *HStR*, vol. 3, § 69, núm. marg. 78.

Comunidad Europea *, art. 88 de la GG)[55]. Con su independencia se pretende poner a salvo la política monetaria de los cambiantes impulsos de la política diaria. Sin embargo, los órganos directivos de los bancos centrales siguen estando legitimados democráticamente. No representan a intereses particulares, sino que están vinculados únicamente al interés general. La independencia también tiene sentido cuando la Administración actúa en un determinado sector en dos papeles distintos, por ejemplo, como regulador o titular de potestades públicas y como propietario. Por este motivo, el Derecho comunitario exige acertadamente, en el sector de las telecomunicaciones, una separación entre la función de regular el mercado y la intervención empresarial en el mismo[56].

38. La independencia como instrumento al servicio de la imparcialidad puede venir exigida también por los derechos fundamentales, como ocurre en el caso de la protección de datos[57]. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) habla, gráficamente, de "normas que actúan como diques"[58]. La idea de que cada órgano pueda acumular información sólo en la medida en que lo exige la concreta misión que tiene encomendada, puede convertirse en un principio aplicable a la organización y al procedimiento, que rija toda la actividad del ejecutivo relacionada con el manejo de información. En otro orden de cosas, la doctrina también incluye entre las organizaciones independientes con las que se intenta garantizar la imparcialidad a los entes rectores de las emisoras públicas de radio y televisión, así como a los institutos científicos constituidos como entes de Derecho público[59]. Se trata de una afirmación, en principio, correcta, pero también hay que tener en cuenta que en estos casos entran en juego factores adicionales, como la necesidad de garantizar el pluralismo o la autonomía requerida por determinadas materias por razones funcionales (en el caso de la ciencia), que alteran los términos en los que se plantea el debate acerca de la legitimación (*vid.* 2/90-93). En la sistemática que aquí se utiliza, esos supuestos de mezcla entre la protección de la imparcialidad y la representación de distintos intereses, quedan incluidos en las unidades organizativas representativas de una pluralidad de intereses (*vid.* 5/41-47).

* *N. del T.:* En la nueva numeración del Tratado de la Comunidad Europea establecida en virtud del art. 12 del Tratado de Amsterdam, el art. 107 pasa a ser el 108.

[55] Sobre este punto, *vid.* R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil*, pp. 360 ss.

[56] *Vid.* MÜLLER-TERPITZ, *ZG*, 1997, p. 257 (pp. 258 ss.) y también, con respecto a los §§ 66 y siguientes de la TKG, pp. 270 ss.

[57] *Vid.* SCHLINK, *Amtshilfe*, en especial, pp. 82 ss.; BRYDE, *VVDStRL*, 46, p. 181 (pp. 198 ss.).

[58] *BVerfGE*, 65, 1 (49).

[59] *Vid.* DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 240 y 241.

b) La inserción de expertos externos

39. Otra razón para otorgar independencia a ciertas unidades administrativas puede ser la de otorgar un campo de acción más amplio a expertos externos. Por su propia naturaleza, los campos de acción administrativa en los que se necesitan unos conocimientos especiales de naturaleza económica o científica se adaptan mal a los mecanismos usuales de imputación y legitimación democráticas, puesto que ni la Ley ni el control superior que se ejerce a nivel ministerial o de gobierno pueden hacer otra cosa que fijar un marco de acción muy amplio. De todas formas, el principio democrático no obliga a aplicar también a estos ámbitos los criterios que rigen en aquellos sectores de la administración que sí consisten en una actividad de mera ejecución de la Ley. Por el contrario, permite crear órganos colegiados compuestos por expertos dotados de autonomía funcional en los aspectos técnicos y sometidos a un control estatal exclusivamente jurídico. Esto sirve, claro está, para la aplicación de conocimientos técnicos por parte de expertos en sentido estricto, pero no puede extenderse a la simple representación y defensa de intereses particulares. Distinguir ambos supuestos puede ser difícil, pero no es imposible[60]. La participación de expertos externos sólo es defendible en el plano de la legitimación democrática cuando sirve para la integración de perspectivas y relaciones de amplio espectro, muy generales. En la medida en que el experto externo se coloque como defensor de intereses sectoriales, su participación debe quedar sometida a los estrictos requisitos que se aplican a los órganos colegiados representativos de una pluralidad de intereses (*vid.* 5/41).

c) La organización de intereses locales

40. Los entes locales, en los que toma cuerpo la autonomía local, constituyen un tercer grupo dentro de las unidades independientes. Su independencia tiene la finalidad de proteger el "interés general local", limitado a un ámbito espacial reducido, frente a los intereses generales de ámbito superior, encarnados en la federación y el *Land* (*vid.* 2/88-89). Por esta vía se intenta favorecer una nueva forma de participación política ciudadana y también contribuir al acierto de las decisiones mediante las ventajas de la descentralización[61]. Sin embargo, la legitimación sigue emanando del pueblo, como dice el art. 28.1,

[60] *Vid.* BROHM, en *HStR*, vol. 2, § 36, núms. margs. 13 y ss.; JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 41 ss.; BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 385 y 386.

[61] Cfr. *BVerfGE*, 79, 127 (148 y ss.).

inciso segundo, de la GG *. Por lo tanto, la legitimación democrática del poder local no es inferior a la que tiene la Administración federal o de los *Länder*, si por legitimación entendemos la posibilidad de reconducir o conectar ese poder con el sujeto del que emana la legitimación. El problema que plantea la Administración local desde el punto de vista de la legitimación es la pérdida de imparcialidad debida a su dedicación a un interés general de ámbito exclusivamente local. La GG ha atacado este problema estableciendo una doble legitimación democrática para los entes locales, una de origen parlamentario (la legislación de régimen local que establece sus competencias) y otra derivada de la elección democrática directa de sus órganos. Gracias a este equilibrado sistema de legitimación, la autonomía local no supone una excepción o un fenómeno marginal en el sistema global del ejecutivo, sino la otra gran forma de organización de éste, y prueba la tesis de que las unidades independientes (es decir, cuya legitimidad no deriva del Gobierno federal o de los *Länder* y, por lo tanto, de la legitimación democrática del Parlamento) son algo perfectamente normal en el sistema administrativo diseñado por la GG.

3. *Las unidades organizativas caracterizadas por ser el cauce de integración de una pluralidad de intereses*

41. Se incluyen en esta categoría las unidades administrativas en las que participan, con funciones codecisorias, representantes de intereses externos a la Administración. Desde el punto de vista material, se trata de una manifestación más de la cooperación entre el Estado y la sociedad [62]. En el plano organizativo, están integradas en el ejecutivo, a diferencia de otros entes de colaboración entre el sector público y el privado que se encuentran a medio camino entre ambos (*vid.* 5/54-57).

a) Principales manifestaciones

42. Se encuadran en esta categoría, en primer lugar, los entes que disfrutan de *autonomía funcional* en el mundo de la economía, de la educación superior y de los servicios sociales y la seguridad social. En todos estos casos se puede hablar de *miembros* de dichos entes. Desde el punto de vista de la legitimación, aquí opera, más que el principio democrático, una fuente autónoma de legitimación cuyo origen se encuentra en otro sujeto (*vid.* 2/90-93).

* *N. del T.*: El art. 28.1, inciso 2, de la GG, dispone: «En los *Länder*, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas» (traducción de E. Garzón Valdés, R. García Macho y K. P. Sommermann).

[62] En sentido semejante, *vid.* Horn, *DV*, 1993, pp. 545 (562).

43. Pero el grupo de las unidades administrativas que acogen a una representación de intereses diversos acoge también a otro tipo de entes. Algunos de ellos han sido analizados bajo la denominación de "administración en mano común" *(Kondominialverwaltung)* [63]. Se trata de órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas, «en los que participan expertos privados (en ocasiones caracterizados por su pertenencia a un determinado grupo o sector) y representantes de intereses particulares, cuyo encuadramiento en el Estado se institucionaliza de esta forma, hasta llegar a una especie de incorporación». Estos órganos desempeñan funciones directivas en grandes entes dotados de personalidad propia y encargados de tareas prestacionales, como ocurre en los consejos de Administración de muchas instituciones públicas. Pero también puede tratarse de órganos colegiados integrados en la Administración federal o de los *Länder,* encargados de tareas de valoración, examen o control y en los que participen representantes de distintos grupos o sectores [64]. Frente a lo que ocurre en el caso de los entes dotados de autonomía funcional, estudiados en el párrafo anterior, aquí no se da ese elemento participativo, es decir, el ente no tiene *miembros* en sentido estricto.

b) Los efectos de esta clase de formas organizativas en el sistema administrativo

44. Las unidades administrativas que estamos estudiando aquí son una prueba de que el Derecho de la organización administrativa, normalmente estático, está abierto a nuevas posibilidades. Las formas jurídico-organizativas son mecanismos que se pueden adaptar para canalizar jurídicamente los cambios que se vayan produciendo, en particular por lo que respecta al paso de tareas o funciones determinadas desde el campo estatal al de la sociedad y viceversa. Sin esta clase de formas intermedias no sería posible la "ósmosis" o la entrada de agentes privados en el complejo institucional estatal, ni se podría encauzar el hecho de que determinadas funciones dejen de estar bajo la responsabilidad del Estado [65]. Esa variedad de formas jurídicas se corresponde con un abanico de principios igualmente amplio [66]: así, facilitar o reducir la imparcialidad o distancia de la Administración respecto a los intereses en presencia, o mejorar la propia representación de intereses, la autonomía de los individuos y los grupos y la participación de los ciudadanos. Desde este punto de vista, no importan sólo las funciones

[63] *Vid.* Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 120 y 121.

[64] Puede verse una exposición sistemática, con ejemplos, en Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 124 ss.

[65] *Vid.* Schuppert, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, pp. 93 ss.

[66] *Vid.* Dreier, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 270 ss.; Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 131 y 132, con más referencias.

decisorias atribuidas usualmente a esta clase de entes. La titularidad de esas funciones conlleva un acceso constante a fuentes de información, información que a su vez se difunde en redes y llega mucho más allá de los representantes de intereses que forman parte de esos órganos. De esta manera, los titulares de órganos administrativos obtienen informaciones que son necesarias para su actividad y que proceden de ámbitos a los que difícilmente tendrían acceso de otro modo, y a su vez distintos agentes sociales reciben, de forma anticipada, información sobre la actividad administrativa y pueden manifestar sus puntos de vista.

45. Sin embargo, también existen aspectos *negativos*. A menudo se han descrito y se han identificado con las etiquetas de "neocorporativismo" y "Estado de grupos". Lo que se denuncia con estas expresiones no es sólo la pérdida de la unidad de acción administrativa basada en el principio jerárquico, sino fundamentalmente el predominio que adquieren los intereses particulares [67]. Además, la mezcla de dos sistemas de legitimación puede disminuir la calidad material, el acierto, de las decisiones administrativas. Sin embargo, estos inconvenientes de la adopción de estructuras administrativas complejas pueden atajarse con medidas concretas [68]. De todas formas, esta integración de intereses plurales en la Administración exige una justificación en cada una de sus manifestaciones. Esta justificación puede encontrarse en la propia Constitución, como ocurre en el caso de los consejos de administración de las emisoras de radio y televisión. Pero también puede extraerse de las ideas de imparcialidad o de búsqueda del consenso, que la Constitución únicamente recoge como valores o directivas, y cuya plasmación concreta se produce en normas de rango infraconstitucional. La idea de legitimación institucional permite integrar estas otras perspectivas en el modelo general basado en el principio democrático [69].

46. Las unidades administrativas que se colocan al margen de la línea jerárquica por integrar a representantes de sectores y grupos diferentes, no dejan por ello de estar vinculadas al principio de legitimación democrática, y en particular a la capacidad directiva del parlamento. Están sometidas a la reserva de ley institucional (*vid.* 5/26-31). La ley no sólo debe autorizar la creación de esa unidad administrativa autónoma, sino que también tiene que regular las cuestiones básicas acerca de la composición del órgano colegiado, el procedimiento de

[67] *Vid.* HAVERKATE, *VVDStRL*, 46, p. 217 (pp. 239 y 240): «Lo que está en juego son las condiciones institucionales que son necesarias para que los intereses públicos puedan imponerse».

[68] *Vid.* DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 285 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *AöR*, 1991, p. 329 (377 y 378).

[69] Llega a ideas distintas, respecto a la "administración en mano común", JESTAEDT, *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, pp. 594 ss.

actuación y la formación de su voluntad [70]. También se debe establecer en cada caso un control de legalidad a cargo de un órgano administrativo. Los órganos colegiados de carácter plural son parte del ejecutivo y deben estar sometidos a todos los controles que afectan a éste, incluido el judicial. No existe ninguna razón para que los órganos judiciales practiquen una política de *self-restraint* con respecto a los actos de esta clase de órganos; por el contrario, hay razones para exigir una particular atención en relación con ellos [71].

47. Al integrar a representantes de intereses particulares, se debe respetar el principio de proporcionalidad, sin llegar al extremo de exigir una reproducción exacta de las proporciones que existen en la sociedad entre los diversos grupos de intereses, ni en la composición del colegio ni en la asignación de votos. Si existen fuertes divergencias entre los distintos grupos de intereses, se debe integrar a representantes de los distintos sectores. Este mandato de "adecuación" exige, en primer lugar, una composición equilibrada del colegio, pero también se aplica a la elección de los colectivos a los que se concede el derecho a designar representantes en él.

4. *Entidades empresariales sometidas al Derecho privado*

48. El complejo cuadro de la organización administrativa se cierra con las unidades administrativas organizadas bajo formas jurídico-privadas [72]. La GG impone esta forma de organización para los ferrocarriles federales en su art. 87e, apartado 3, inciso 1.° [73] *, y la menciona como una de las posibles para la administración de la navegación aérea, en su art. 87d, apartado 1, inciso 2.° **.

Las empresas integrantes del servicio federal de correos han sido transformadas, al amparo del art. 87f GG ***, en sociedades anónimas.

[70] *BVerfGE*, 83, 130 (152 y 153); cfr. §§ 8-10 de la GjS (Ley sobre la difusión de publicaciones y medios de comunicación que puedan ser nocivos para la juventud) y 21-23, 26 y 27 de la UAG (Ley sobre la Auditoría Ecológica, que traspone el Reglamento 1836/93/CE).

[71] Sobre este punto, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ y DURIG, GG, art. 19, apartado IV, núm. marg. 196; se muestra parcialmente en desacuerdo el Tribunal Administrativo Federal en *BVerwGE*, 39, 197 (204).

[72] En esta materia es fundamental EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, pp. 109 ss. y 292 ss.; LOESER, *Berichtswesen*, pp. 44 ss.

[73] Sobre este tema, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN y RÖHL, *DÖV*, 1994, pp. 577 ss., y HOMMELHOFF y SCHMIDT-ASSMANN, *ZHR*, 1996, pp. 521 ss.

* *N. del T.:* El art. 87e, apartado 3, inciso 1, de la GG dispone: «Los ferrocarriles federales se gestionarán a través de una entidad empresarial de Derecho privado».

** *N. del T.:* El art. 87d, apartado 1, inciso 2.°, de la GG establece: «El tráfico aéreo será gestionado por la Administración federal».

*** *N. del T.:* El art. 87f.2 de la GG dispone que los servicios de correos y telecomunicaciones «serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas del Patrimonio

Otras privatizaciones han fortalecido el significado de las formas organizativas jurídico-privadas en y para la Administración [74]. A través de los entes con forma societaria, se abren a la Administración otras posibilidades de influir en el mercado [75] en colaboración con el capital privado. En el ámbito local, estas empresas constituyen la tercera columna de la Administración, junto al sector político y al administrativo.

49. Si se tiene esto en cuenta, salta a la vista que no es posible dejar a las empresas de titularidad pública o participadas por la Administración sencillamente al margen del sistema del Derecho administrativo. En este punto es necesario distinguir entre las empresas cuyo único titular es la Administración (empresas públicas) y las empresas con participación pública y privada (empresas mixtas).

a) El régimen jurídico de las empresas públicas

50. Cuando se habla del Derecho de las empresas públicas, o de su régimen jurídico, no es únicamente para hacer referencia a figuras especiales de Derecho público, como la "empresa en mano pública" o *Eigenbetrieb* *, que se aplican a algunas empresas públicas, sino también para referirse a la integración de las empresas públicas de Derecho privado (sociedades en mano pública) en el sistema general de la organización administrativa. A este respecto, no parece adecuado distinguir entre empresas dotadas de una finalidad exclusivamente patrimonial y empresas encargadas de la prestación de servicios públicos. Ambas clases de empresas deben respetar los principios fundamentales que rigen a la Administración en un Estado de Derecho, la primacía de la Ley y los derechos fundamentales. Del mismo modo, el principio democrático del art. 20.2 GG se aplica a las dos categorías de empresas [76] **.

Especial Correo Federal Alemán y por otras ofertas privadas» (traducción de Garzón Valdés, García Macho y Sommermann).

[74] Cfr. BROHM, *NJW*, 1994, pp. 281 ss.; OSTERLOH y BAUER, *VVDStRL*, 54, pp. 204 ss. y 243 ss.

[75] En relación con este tema, *vid.* SCHUPPERT, *JbStVwW*, 1989, pp. 47 ss.

* *N. del T.*: La *Eigenbetrieb*, que literalmente significa "empresa propia" y que se ha traducido como "empresa en mano pública", es una figura jurídica de Derecho público de la que se puede servir la Administración, sobre todo las entidades locales, para ejercer actividades empresariales, como alternativa a las formas jurídico-privadas (sociedades mercantiles de una u otra clase). La *Eigenbetrieb* tiene autonomía organizativa y económica respecto al municipio, pero no tiene personalidad jurídica propia, de modo que el titular de los derechos y obligaciones de la empresa es el municipio.

[76] *Vid.* BÖCKENFÖRDE, en *HStR*, vol. I, § 22, núm. marg. 13; LOESER, *Berichtswesen*, pp. 66 ss.; VON DANWITZ, *AöR*, 1995, p. 595 (pp. 606 ss.).

** *N. del T.*: El art. 20, apartado 2, de la GG dispone: «Todo el poder emana del pueblo. Se ejerce por el pueblo mediante elecciones y *referenda* y a través de órganos especiales del poder legislativo, del poder ejecutivo y del poder judicial».

51. El ajuste del régimen jurídico de las empresas públicas en el Derecho de la organización administrativa no puede llevar, naturalmente, a aplicarles mecánicamente las normas desarrolladas para los órganos y entidades administrativas. Al igual que ocurre en otros ámbitos, la idea de que la constitución de empresas públicas bajo forma de sociedad anónima o limitada supone una "huida" de la Administración al Derecho privado, que debe ser contrarrestada por todos los medios posibles con la reconducción a un Derecho administrativo pensado para la ejecución de la Ley, resulta escasamente útil. Para que ese ajuste jurídico de las empresas públicas en el Derecho de la organización administrativa tenga sentido, es necesario también que este Derecho supere sus presupuestos tradicionales y se ocupe igualmente de la acción empresarial. De aquí se deriva la conveniencia de explorar, en primer lugar, las posibilidades de utilizar el Derecho privado de sociedades [77] para garantizar el necesario sometimiento de las empresas públicas a determinados principios. Tanto el régimen de las sociedades anónimas como, en especial, el de las sociedades de responsabilidad limitada ofrecen suficientes mecanismos para garantizar que la empresa oriente su actuación a determinados fines públicos, asegurando a la vez la transparencia necesaria y la seguridad del tráfico [78]. Los socios que constituyen una sociedad anónima pueden decidir libremente si la empresa tiene como misión obtener beneficios o prestar servicios a la colectividad, y si su objetivo máximo son las ganancias o proporcionar a la población un suministro adecuado a sus necesidades [79]. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada existe la posibilidad adicional de fijar en los estatutos criterios de actuación para la empresa. Además, tanto la normativa presupuestaria (§§ 53 y ss. de la Ley de Principios Presupuestarios, *Haushaltsgrundsätzegesetz*) como algunos preceptos de la legislación de sociedades anónimas (§§ 394 y ss. de la *Aktiengesetz, Ley de Sociedades Anónimas*) establecen reglas especiales para dar cabida a las necesidades específicas de dirección y control del Estado sobre las empresas públicas [80].

52. Sin embargo, y pese a todo esto, es necesario reconocer que las empresas privadas organizadas bajo formas jurídico-privadas desarrollan un alto grado de independencia. En la doctrina, esto ha llevado a sostener que el Estado tiene un *deber general de intervención* sobre sus empresas [81]. Esta tesis es plausible en la medida en que sirva

[77] En relación con su mayor o menor adecuación, *vid.* LERCHE, en MAUNZ y DÜRIG, *GG*, art. 86, núm. marg. 66.

[78] En relación con este tema, *vid.* últimamente R. SCHMIDT, *ZGR*, 1996, p. 345 (pp. 349 ss.); SCHÖN, *ZGR*, 1996, pp. 429 ss., con más referencias.

[79] *Vid.* SCHÖN, *ZGR*, 1996, p. 429 (p. 440).

[80] Sobre este tema, *vid.* LOESER, *Berichtswesen*, pp. 102 ss.

[81] *Vid.* EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, pp. 124 ss.; PÜTTNER, *Öffentliche Unternehmen*, p. 86 (pp. 137 ss.); DREIER, *Hierarchische Verwaltung*, pp. 258 y 259; SPANNOWSKY, *DVBl*, 1992, pp. 1072 ss.; íd., *ZGR*, 1996, pp. 400 ss.; VON DANWITZ, *AöR*, 1995, p. 595 (pp. 603 ss.).

para apoyar la construcción jurídica del régimen de esta clase de entes y garantice un nivel adecuado de legitimación democrática en cumplimiento del art. 20.2 de la GG. No se puede estar de acuerdo con esta tesis, por el contrario, si con ella se pretende eludir la aplicación de los mecanismos del Derecho de sociedades, superponiéndoles rígidos esquemas de subordinación a la Administración matriz. Si una Constitución autoriza a la Administración a llevar a cabo actividades económicas a través de empresas propias, también para llevar a cabo actividades de carácter prestacional, y en algunos casos no sólo lo autoriza, sino que lo prescribe, hay que entender que la Constitución está contemplando y admitiendo la aplicación de la lógica del mercado y de sus criterios de actuación. Ciertamente, la Administración no tiene, ni siquiera en este campo, la autonomía privada de que disfrutan los particulares que actúan en el mercado. Su actuación constituye ejercicio de competencias y está limitada por ellas (*vid.* 1/26). Sin embargo, las empresas en mano pública no pueden actuar en el mercado sin emplear la lógica del mercado [82]. El art. 87e, apartado 3, inciso 1.º, de la GG, dice expresamente que los ferrocarriles federales deben ser gestionados "como una entidad empresarial", es decir, de acuerdo con los modos de gestión típicamente económicos. El intento de construir ese deber de intervención del Estado sobre las empresas públicas como una transposición de los criterios aplicables a las Administraciones organizadas jerárquicamente [83], vulnera este presupuesto. Si se considera necesario someter a la empresa a un control más estricto, y otorgar a los órganos políticos poderes de intervención más amplios, lo lógico es utilizar figuras como la *Eigenbetrieb* o el establecimiento público *.

b) La posición de las empresas de economía mixta

53. En el caso de las empresas de economía mixta, la estructura de los intereses en presencia es aún más compleja [84]. Los entes de este tipo tienen que reflejar en su organización interna la diversidad de fines de sus socios públicos y privados. A esto se añade que la

[82] Sólo en presencia de circunstancias sectoriales específicas puede aceptarse, bajo ciertas condiciones, que se establezcan en las empresas públicas formas de codecisión de los trabajadores que no serían jurídicamente viables en el resto de la Administración. Acerca de su inconstitucionalidad, *vid.* OSSENBÜHL, *ZGR*, 1996, pp. 504 ss.

[83] Cfr. con posiciones que en algunos puntos admiten como algo normal la injerencia estatal, VON DANWITZ, *AöR*, 1995, p. 595 (pp. 622 ss.).

* *N. del T.:* Tanto la *Eigenbetrieb* como el establecimiento público son tipos organizativos que se caracterizan, de un lado, por pertenecer al Derecho público (al contrario que las formas societarias con arreglo a las que se organizan las empresas públicas) y, de otro, por ser aplicables a entes en mano pública que ejercen actividades de producción de bienes y servicios.

[84] *Vid.* un análisis de este tema desde el punto de vista de la teoría económica en BOS y SCHNEIDER, *ZGR*, 1996, pp. 519 ss.

proporción en que se encuentran las participaciones de los distintos socios no tiene vocación de mantenerse a largo plazo, porque normalmente la convivencia de unos y otros obedece a una situación de privatización parcial, que es una fase intermedia en el camino hacia la privatización total. Dentro del sistema general, las empresas de economía mixta pertenecen al ámbito de la cooperación entre la Administración y la sociedad. Como ocurre con los demás entes que se encuentran en este sector, es difícil señalar, respecto de las empresas públicas, si están encuadradas dentro de la Administración (aunque incluyan la representación de una pluralidad de intereses) o si se trata de entidades en las que conviven sujetos públicos y privados. La doctrina intenta responder a esta cuestión utilizando el criterio de la influencia dominante. Así, si ésta corresponde a la Administración, se deberían aplicar las reglas propias de las empresas públicas [85]. Sin embargo, esta posición no se corresponde adecuadamente con la naturaleza cooperativa de las empresas de economía mixta. Salvo en los casos en que la participación privada sea totalmente irrelevante, no deben estar sometidas al principio de legitimación democrática. Las exigencias que el principio democrático impone al Estado deben hacerse valer en este ámbito únicamente a través de los mecanismos del Derecho societario. Es prioritario proteger y hacer viable la cooperación como tal. Los supuestos de conflicto de intereses deben resolverse teniendo en cuenta el fin de la sociedad tal como aparece reflejado en los estatutos. Mientras no se disponga otra cosa, hay que partir de que la finalidad lucrativa sigue vigente y no ha sido desechada. Los órganos de la sociedad deben perseguir predominantemente los intereses societarios, no intereses administrativos específicos [86].

5. *Organizaciones intermedias*

54. Existen organizaciones que, pese a tener una participación estatal, pertenecen al ámbito de la sociedad, y no se consideran unidades administrativas independientes ni de tipo pluralista. Son una *segunda* forma de articular la cooperación entre el Estado y la sociedad, alternativa a los órganos administrativos en los que participa una pluralidad de intereses [87]. En algunos casos es difícil establecer la frontera entre ambas figuras. La respuesta sólo es clara cuando se trata de entes de Derecho público. Por el contrario, las entidades de Derecho

[85] *Vid.* KREBS, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 339 ss.

[86] Sobre este particular, *vid.* HABERSACK, *ZGR*, 1996, pp. 544 ss.

[87] El concepto de organizaciones intermedias se utiliza aquí en un sentido más reducido que en las ciencias sociales, referido a entes que no pertenecen formalmente a la organización administrativa, aunque están muy cercanos a ella. Por lo que respecta al concepto de las ciencias sociales, *vid.* BRAUN, *Politische Steuerung*, pp. 47 ss.

privado con participación pública y privada no llegan a integrarse en la organización administrativa ni siquiera aunque el Estado tenga una capacidad de influencia significativa o se financien con cargo a los presupuestos públicos. Algunos datos, como las circunstancias de su creación o la competencia para designar a los miembros de los órganos del ente, son indicios que sirven para clasificar a una entidad. Así, cuando se crea un ente con la finalidad de ofrecer una protección adicional a un derecho fundamental a través de esa separación organizativa, lo lógico es que se trate de una organización intermedia y no de una unidad administrativa de las que acogen a una pluralidad de intereses. Es el caso, por ejemplo, de organizaciones encargadas del apoyo a la ciencia y la investigación, como la *Max-Planck-Gesellschaft y la Deutsche Forschungsgemeinschaft* [88] *.

55. Si las organizaciones intermedias no se integran en la Administración, no se plantea siquiera la necesidad de ofrecer una explicación que haga compatible su independencia organizativa con la unidad de la Administración o con los principios que rigen su legitimación democrática. Sin embargo, en estos casos hay que partir de que el Estado asume la responsabilidad de garantizar, más allá de su propio ámbito organizativo, una adecuada legitimación (*vid.* 2/100-101). Con ello se pretende obligar a las organizaciones intermedias a dotarse de una estructura interna y de un sistema de toma de decisiones que se corresponda con los intereses en presencia, y que, en consecuencia, sea coherente con el importante papel que representan estos entes en la actuación del Estado "cooperativo" (*vid.* 6/30).

a) El mandato de admitir una representación adecuada de los intereses en presencia

56. Este postulado y sus distintas consecuencias deben recibir un tratamiento específico para esta clase de organizaciones, pero en él pueden tenerse en cuenta algunos datos procedentes del Derecho público de la organización. Así, los órganos colegiados cuya misión es la tutela de un derecho fundamental deben incorporar, en la medida de lo posible, a representantes de todas las corrientes de opinión que existan en el respectivo sector [89]. Esta idea se aplica también a las

[88] *Vid.* TRUTE, *Forschung*, pp. 521 ss. y 677 y 678; sostiene una opinión diferente respecto a la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* Classen, en *Wissenschaftsfreiheit*, pp. 139 ss.

* *N. del T.:* Los dos entes que cita el autor se caracterizan por tener una estructura jurídica asociativa. Tienen la condición de miembros de la correspondiente asamblea general distintos sujetos, públicos (Universidades, Administraciones) y privados, y de esa asamblea depende el nombramiento de los órganos de gobierno. Se trata, por tanto, de organizaciones que no dependen de una determinada Administración y que admiten la participación de sujetos privados, especialmente en la Max-Planck-Gesellschaft.

[89] *Vid. BVerfGE*, 83, 130 (153).

organizaciones intermedias. Así se recoge expresamente en el régimen de la normalización técnica, que establece, para las comisiones de trabajo del DIN *, el principio de que se debe garantizar una representación adecuada de los sectores interesados [90]. Así, en caso de que la Administración alcance acuerdos previos con particulares, debe permitir a otros interesados que presenten alegaciones desde el principio, si es que esos acuerdos previos están destinados a vincularles también a ellos [91].

b) Protección de la imparcialidad y la neutralidad

57. Las organizaciones intermedias también deben cumplir unas exigencias mínimas de neutralidad en su comportamiento. Las reglas jurídicas en que se plasma este principio se contienen en parte en el Derecho privado general, como ocurre con la prohibición de la autocontratación, y en parte en el Derecho privado especial, por ejemplo, la prohibición de recibir regalos del § 14 HeimG **. Además, es necesario recurrir a las normas de Derecho público con las que se trata de garantizar la imparcialidad, como las relativas al deber de abstención y a las incompatibilidades. La aplicabilidad de tales normas se discute hoy, por ejemplo en los casos en que determinados particulares asumen competencias decisorias en la planificación y ejecución de infraestructuras [92]. Las instituciones jurídicas a que se ha acudido para explicar estos fenómenos, la del colaborador de la Administración y la del concesionario, sólo pueden proporcionar un primer apoyo en la construcción dogmática del problema. Una respuesta más a fondo debe partir del Derecho privado de la organización y desarrollarlo a la vista de la función protectora de los derechos fundamentales (*vid.* 2/35-39) y de la integración de la acción de los particulares en la satisfacción del interés general.

* *N. del T.:* DIN = Deutsches Institut für Normung, organización encargada de la normalización técnica e industrial.

[90] Como dispone la norma DIN 820, relativa a los principios aplicables al procedimiento de normalización, en su parte 1, número 3.3; sobre el particular, *vid.* LÜBBE-WOLFF, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. 2, p. 87 (100 y 101).

[91] *Vid.* HOFFMANN-RIEM, *VVDStRL*, vol. 40, p. 187 (224), que habla de "atender desde el principio a las exigencias jurídicas".

** *N. del T.:* En el texto se cita la *Heimgesetz*, Ley de 7 de agosto de 1974 que regula las residencias de ancianos y de personas minusválidas o dependientes. El § 14 prohíbe a los gestores de las residencias percibir regalos de los residentes al margen de la contraprestación estipulada por sus servicios.

[92] Cfr. WAHL, *DVBl*, 1993, pp. 517 ss.; HOPPE, *DVBl*, 1994, p. 255 (261).

CAPÍTULO SEXTO *

EL SISTEMA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

1. La Administración pública se encarna y expresa a través de sus acciones, cualquiera que sea la forma que éstas pueden revestir [1]: actos jurídicos y actuaciones materiales, planes e instrumentos accesorios, actuaciones preparatorias y actuaciones ejecutivas, actuaciones dirigidas a la obtención de información y a su divulgación, medidas unilaterales, por un lado, y convenios y acuerdos, por otro, actuaciones de la Administración con forma jurídica y actuaciones informales. Este conjunto de figuras forman la "acción administrativa práctica", compuesta por todas las actuaciones imputables a la Administración, no sólo las resoluciones que la Administración dicta unilateralmente, sino también la acción administrativa cooperativa y consensuada, y su participación en las actividades de terceros. Es tarea del Derecho administrativo sistematizar esa acción administrativa práctica para estructurarla jurídicamente (A). Por otro lado, deben examinarse las nuevas evoluciones de la teoría de las formas de actuación jurídicas (B), así como la teoría de los criterios de la actuación de la Administración (C) y del Derecho del procedimiento administrativo (D).

---

* Traducción de Ricardo García Macho (hasta núm. marg. 81) y de Alejandro Huergo (núms. margs. 82-129).

Quiero agradecer la ayuda prestada en la traducción de los primeros 81 números marginales al Prof. Karl-Peter Sommermann.

[1] Cfr. Wolff, Bachof y Stober, *Verwaltungsrecht I*, § 44; Raschauer, *Verwaltungsrecht*, núms. margs. 710 y ss.; desde una perspectiva de Ciencia de la Administración, B. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, pp. 413 ss.

A. LA PRAXIS Y LA TEORÍA GENERAL DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

2. El sistema o teoría de la acción administrativa ha de fundarse sobre un nuevo ordenamiento jurídico-público de la información, cuya construcción constituye una cuestión aún pendiente (I). También proporcionan valiosos elementos para la formación de este sistema algunas partes concretas del Derecho público y del Derecho privado (II). Las teorías de las formas de actuación jurídica, de la relación jurídica y de los criterios de la actuación de la Administración desarrollan en sus modelos de ordenación los distintos elementos que forman el sistema de acción de la Administración, lo que, teniendo en cuenta la doble tarea del Derecho administrativo, tiene que facilitar, por una parte, las acciones de la Administración, y, por otra parte, limitarlas (III).

I. La noción fundamental: un régimen público de información

3. Toda acción presupone la obtención de información. Esto es válido para la Administración igual que para los particulares. El manejo de la información dentro de la Administración y en contacto con la Administración tiene una relevancia sobre la que el Derecho administrativo actual debe reflexionar, yendo más allá que el Derecho administrativo tradicional, que estaba preocupado fundamentalmente por el resultado final del procedimiento, es decir, la resolución. La información es elemento de la economía y forma parte de los bienes del saber. Amplía las posibilidades de acción y las esferas de libertad; pero hace surgir también nuevos peligros. La "sociedad de la información" no puede alcanzarse sin un derecho de la información desarrollado de forma sistemática, que regule tanto el derecho a disponer sobre la información y a recibir información como la protección del secreto y los problemas de responsabilidad [2]. La información se obtiene a través de la comunicación y se utiliza para la comunicación. Se ha puesto de relieve la importancia de la información, la comunicación y la interacción como base para otros instrumentos y como medios de intervención en sí mismos en todas las esferas clave de la Parte especial del Derecho administrativo. Las nuevas técnicas de información han conducido a un cambio del modelo de conducta habitual y de las estructuras de decisión [3]. Aún es difícil valorar de manera sistemática las consecuencias jurídicas de estos cambios [4].

[2] Sobre el tema *vid.* SIEBER, *NJW*, 1989, pp. 2569 ss.; FIEDLER, en BONIN, *Verwaltungsinformatik*, pp. 59 ss.

[3] REINERMANN, FIEDLER, GRIMMER, LENK y TRAUNMULLER, *Neue Informationstechniken;* REINERMANN, *DV*, 1995, pp. 1 ss.; además las aportaciones en HARATSCH, KUGELMANN y REPKEWITZ, *Informationsgesellschaft.*

1. *El significado de la información para el sistema del Derecho administrativo*

4. La evolución de este tema se contempla frecuentemente sólo desde una perspectiva negativa. Si en los primeros tiempos de la aplicación del tratamiento automatizado de datos por la Administración se denunció el riesgo de la esquematización y una pérdida de la equidad en la resolución de los casos concretos [5], hoy en día se teme que las técnicas integradas de información y comunicación produzcan desviaciones en los mecanismos tradicionales de distribución del poder y un menoscabo de la necesaria distancia que el Estado debe mantener respecto a la esfera individual, impuesta por el respeto a los derechos fundamentales. Pese a la importancia de estas perspectivas, sería un reduccionismo concebir el Derecho de información sólo como un derecho de defensa frente al Estado. Más bien deben tomarse en consideración los efectos positivos de las nuevas técnicas de información, y las posibilidades que abren de obtener información y certeza sobre los procesos y circunstancias de una manera más directa, rápida y amplia. Tampoco debe olvidarse la mejora de la eficacia y de la capacidad de adaptación de la Administración [6]. Se trata de desafíos, tanto en sentido negativo como positivo, a los que se enfrentan la Administración y el Derecho administrativo en la sociedad de la información [7].

5. El Derecho administrativo no puede prescindir del papel central que juega «la información como objeto de prestación o procura estatal» [8]. Como Rainer PITSCHAS ha demostrado [9], el Derecho administrativo de la información debe desarrollar el modelo de un régimen público de la información e integrarlo en su teoría general, de tal manera que las otras partes del Derecho administrativo puedan construirse desde esa base. Aquí, como en cualquier otra situación, el Derecho administrativo tiene que garantizar tanto el control como la eficacia

[4] Como aproximación al tema cfr. DRUEY, *Information als Gegenstand des Rechts.*

[5] Sobre el tema ampliamente, LAZARATOS, *Auswirkungen der Verwaltungsautomation;* POLOMSKI, *Automatisierter Verwaltungsakt.*

[6] Con amplia perspectiva sobre el tema, REINERMANN, *DV*, 1995, pp. 1 ss.

[7] Sobre el tema, EBERLE, *DV*, 1987, pp. 459 ss.; AULEHNER, *Informationsvorsorge*, pp. 357 ss.

[8] En tal sentido, HUFEN, *VVDStRL*, vol. 47, p. 142. Sobre el significado de la información e interacción en el Derecho administrativo del medio ambiente *vid.*, con una amplia perspectiva, SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 38 ss. De manera especial sobre la informática en la Administración, *vid.* también CZERWICK, *DV*, 1991, pp. 47 ss.; del mismo autor, *VerwArch*, 1992, pp. 436 ss.

[9] En HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPER, p. 219 (especialmente pp. 241 ss. y 279 ss.); asimismo *vid.* DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss.

de la acción administrativa (*vid.* 1/30-32). No es suficiente, por tanto, un Derecho de la protección de datos en sentido estricto, sino una concepción amplia del Derecho de la información, que haga posible el cumplimiento ordenado de las tareas y responsabilidades que incumben al Estado en este ámbito. En este sentido deben incluirse las experiencias y modelos de regulación del Derecho de las telecomunicaciones y medios de comunicación, así como del Derecho de la ciencia [10].

6. Una ordenación de la información tiene trascendencia en su totalidad para la formación de los sistemas jurídico-administrativos desde dos perspectivas: por una parte, la información y la comunicación son elementos y procesos que son presupuesto de los dogmas básicos del Derecho administrativo, y consecuentemente deben ser tenidos en consideración en la configuración de la relación ciudadano-Estado y en la fijación del marco de la organización. Al construir el sistema no se debe partir únicamente de las decisiones que adopta el ejecutivo en fases procedimentales avanzadas, sino también, y antes, de los procesos de obtención y uso de la información. La otra perspectiva se refiere a la elaboración de las específicas exigencias de protección y de eficacia que se derivan de las nuevas técnicas de la información. Estas exigencias pueden ser incorporadas en los ámbitos materialmente más próximos del sistema, por ejemplo, en el Derecho procedimental o de daños.

2. *Derecho administrativo de la Información*

7. El Derecho administrativo de la Información en sí mismo comprende la vertiente jurídico-individual y la institucional [11]. En su desarrollo han tenido una gran importancia desde el principio los impulsos procedentes del Derecho comunitario [12].

a) La vertiente jurídico-individual

8. La jurisprudencia ha destacado ya algunos aspectos esenciales de este Derecho administrativo de la información: el Tribunal Federal de lo contencioso-administrativo (BVerwG) ha puesto de relieve, empezando por la sentencia sobre "las listas transparentes" *, la capacidad de influencia que pueden tener las informaciones emitidas por la Administración y ha intentado poner límites a los riesgos que pueden surgir para la libertad individual, extendiendo el ámbito de aplicación de las garantías clásicas de la actividad administrativa de limitación (*vid.* 2/50-51). Aplicando esquemas similares, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha intentado, en su jurisprudencia sobre el tratamiento de datos, someter la actividad administrativa de obtención y tratamiento de datos a los principios del Estado de Derecho (*vid.* 5/38). El legislador también ha seguido esta vía, en primer lugar en la esfera de la protección de datos, pero asimismo cada vez más en las informaciones administrativas dirigidas al público. Se empiezan a perfilar los contornos de un Derecho administrativo de la información a propósito del problema de la actividad administrativa de información y el modo en que ésta afecta a las posiciones jurídicas de los particulares. Los elementos básicos de ese nuevo régimen jurídico son reglas que vinculan estrictamente el manejo de la información a su finalidad propia, reservas de ley, imperativos de transparencia, reglas procedimentales, formas de organización, derechos a la cancelación de los datos, prohibiciones concretas de uso de la información y mecanismos de control cuya puesta en marcha puede ser exigida judicialmente por los particulares en determinadas circunstancias. Con la Directiva 95/46, que introduce unas directrices de protección de datos, los elementos básicos de este derecho tienen ya una regulación homogénea en el ámbito comunitario [13].

9. El Derecho administrativo de la Información posee también una dimensión de participación. Los derechos individuales de información y de acceso al expediente, reconocidos en la regulación del procedimiento administrativo general, son sólo una parte de este tema. Además hay que incluir aquí las posibilidades de acceso a los informes públicos, libros y registros administrativos. El Derecho administrativo, además, conocía hasta ahora formas de información pública sobre todo en el ámbito de las resoluciones administrativas de carácter territorial o ligadas a la ordenación de un espacio concreto. Sin embargo, el marco de desarrollo del Derecho comunitario ha ampliado de manera esencial este estado de cosas. Por medio de la Directiva 90/313 se ha creado un derecho de acceso general a la información que sobre medio ambiente tiene la Administración (*vid.* 6/110). También hay que incluir en esta dimensión las obligaciones de información de la Administración que tienen su causa en la protección de derechos, como,

---

[10] Sobre el tema, básicamente, SCHOCH y TRUTE, *VVDStRL*, vol. 57, pp. 158 ss. y 216 ss.

[11] Sobre el tema de las estructuras de un régimen de información público *vid.* especialmente PITSCHAS, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrecht*, p. 219 (279 ss.), referente a la diferencia entre información pública y comunicación individual.

[12] Cfr. TINNEFELD, PHILIPPS y HEIL, *Informationsgesellschaft in Europa*, en diversos pasajes.

* *N. del T.*: Las llamadas *Transparenzlisten* son informaciones emitidas por la Administración con carácter oficial acerca de las cualidades de distintos productos (por ejemplo, medicamentos). Las listas no tienen una eficacia jurídica directa en el sentido de que los productos que no obtengan una determinada calificación tengan que salir del mercado, pero sí pueden influir en las decisiones de los consumidores (o de los médicos, en el caso de los medicamentos), lo que plantea el problema de su naturaleza jurídica y del régimen aplicable. En particular, el BVerwG decidió, en una sentencia de 18 de abril de 1985 (*BVerwGE*, 71, 183), que la publicación de una lista de medicamentos ordenados en función de ciertos indicadores de calidad y precio afecta al derecho a la libre elección de profesión u oficio y requiere una habilitación legal.

[13] Sobre el tema, SIMITIS, *NJW*, 1997, pp. 281 ss.

por ejemplo, ocurre en el ámbito de la sanidad y de la seguridad social. El derecho de participación en la información se construye mediante obligaciones objetivas y derechos de participación subjetivos, incluyendo determinados derechos y obligaciones complementarios. Este derecho se ha tratado tradicionalmente en el procedimiento administrativo, aunque ese tratamiento debe ser ampliado de manera considerable. Además, para que esté sancionado eficazmente se debe utilizar la responsabilidad civil como mecanismo de garantía.

b) La vertiente institucional

10. Los objetivos de un Derecho administrativo de la Información exceden ampliamente de las perspectivas de la intervención y la participación [14]. De una ojeada hay que tomar en consideración las transformaciones generales, las cuales se producen por las crecientes necesidades de información y actividades informativas en las relaciones de comunicación entre el ciudadano y la Administración y entre los propios órganos administrativos. Las nuevas técnicas de información no sólo transforman aspectos concretos del procedimiento administrativo. También transforman el estilo y propio entendimiento de la Administración. Crean nuevas formas de resolución de los asuntos y reestructuran las relaciones de cooperación y jerarquía en la esfera interna de la Administración. Utilizar a una opinión pública bien informada como foro de control de la Administración, como hace la Unión Europea con los Ejecutivos de los Estados miembros, conlleva necesariamente una alteración de los equilibrios en los sistemas tradicionales de control (*vid.* 6/109-110). No necesariamente el aumento de información disponible conduce a unas mayores cotas de libertad. Más bien se crean nuevas asimetrías, que obligan a plantearse si no existe una responsabilidad estatal en la procura de la información. Otras cuestiones de esta vertiente institucional del Derecho administrativo de la Información son el manejo de información dudosa, la inclusión de expertos externos en las decisiones administrativas y el desarrollo ordenado de un potencial de innovación aplicado a las técnicas de información.

11. La responsabilidad estatal respecto de la información se manifiesta más en la creación de un marco para una comunicación libre y en la organización de mecanismos de equilibrio que en los instrumentos clásicos de dirección. Se trata de organizar nada menos que la estructuración jurídica de una nueva ordenación del conocimiento y la adecuada determinación de las necesarias contribuciones administrativas para su propia constitución. Cuando se haya logrado esto se percibirá con claridad hasta qué punto el Derecho administrativo de la Información debe incorporar a sus propios fundamentos básicos los cambios, forzados por la información, de las estructuras y formas de expresión del Derecho. Convertir el Derecho administrativo de la Información en una nueva parte fundamental del Derecho administrativo no es un mero complemento, sino que conlleva una transformación inmanente así como la reubicación de los elementos tradicionales del sistema. Sus puntos más importantes de orientación y condiciones básicas son la seguridad en el acceso a la infraestructura de la información, la procura de información por parte del Estado, la protección frente a intervenciones no controladas basadas en la manipulación de la información, la construcción de mecanismos de autorregulación y la protección a través de la configuración del sistema [15].

[14] Sobre la cuestión *vid.* especialmente PITSCHAS, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 219 (especialmente, 295 ss.); cfr. también SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 176 ss.

II. Derecho público y Derecho privado

12. Como Derecho completo de la Administración, el Derecho administrativo es en sus zonas centrales un Derecho propio de la Administración, que la contempla como titular del poder y le atribuye potestades especiales. Junto a ello, sin embargo, existen amplios e importantes campos, en los que el Derecho privado y el público forman un marco de ordenación común de la acción administrativa [16]. Un fenómeno, desde hace ya tiempo habitual, es la actuación de la Administración según las formas del Derecho privado [17]. Los intereses del sistema global del Derecho administrativo se extienden considerablemente más allá e incluyen también aquellos entrelazamientos en los que aparecen diferentes fuerzas reales detrás de los regímenes jurídicos del Derecho público y del privado.

1. *El dualismo de los ordenamientos jurídicos parciales*

13. El dualismo del Derecho público y privado se ha reconocido en los ámbitos nucleares del Derecho positivo y es un dato previo para la dogmática del Derecho administrativo [18]. Esto es válido tanto para el Derecho alemán como para los otros ordenamientos jurídicos

[15] Sobre el tema *vid.* TRUTE, *VVDStRL*, vol. 57, p. 216 (especialmente, 257 ss.); *vid.* asimismo básicamente sobre las condiciones de protección de los derechos fundamentales en este contexto SCHOCH, *VVDStRL*, vol. 57, p. 158 (186 ss.).

[16] Sobre estos entrelazamientos *vid.* FLEINER, *Institutionen*, pp. 59 y 60.

[17] Cfr. WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 22, núm. marg. 1; con amplia perspectiva *vid.* EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*.

[18] Sobre el tema *vid.*, con aclaraciones, WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 22, núms. margs. 5 y 6; MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 52 ss.

en el ámbito europeo-continental. Esta separación también es válida para el Derecho administrativo comunitario, como puede deducirse del art. 181 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea *. Diferenciar estos ámbitos jurídicos supone asumir la distinción entre los conceptos de libertad y de competencia (*vid.* 1/22-26). Esta separación debe contribuir a comprender con mayor claridad «los principios, radicalmente diferentes, que rigen la actuación» de los particulares, por un lado, y de la Administración, por otro, y de esta forma dirigir de manera consecuente su funcionamiento en los ámbitos de la cooperación entre lo público y lo privado [19].

a) Derecho privado

14. La cuestión clave en el Derecho privado son las decisiones, libres y no sometidas a ninguna exigencia de motivación, de sujetos de derecho iguales entre sí. A éstos se les debe ofrecer un ordenamiento-marco seguro [20]. En cambio, la configuración interna de esas relaciones básicamente debe confiarse a la autonomía privada y no requiere una justificación especial. Los individuos formulan sus intereses en el marco de la ley y los expresan de manera autónoma. La libertad de contratación, el derecho a fundar asociaciones y el derecho de propiedad son condiciones necesarias para ello. La capacidad de salvaguardar los propios intereses responsablemente es el principio básico; las obligaciones contractuales y la responsabilidad son las consecuencias necesarias [21]. El ordenamiento jurídico privado se construye sobre la base de la autonomía privada y de la propia dinámica de un régimen económico libre; pero no es un ordenamiento privado, autárquico o alejado del Estado [22]. El ordenamiento jurídico privado es derecho estatal y expresión de su capacidad de configuración: los mecanismos de equilibrio del mercado, para ser manejables, deben desplegarse en forma jurídica, el contrato y la propiedad no sólo deben ser reconocidos, sino convertidos en instituciones jurídicas utilizables. Esto exige introducir límites externos, definir situaciones jurídicas y valorar los distintos intereses que deben ser protegidos o garantizados.

* *N. del T.:* Art. 181 (actualmente art. 238): «El Tribunal de Justicia será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Comunidad o por su cuenta».

[19] En sentido análogo, BULLINGER, en *FS für Rittner*, p. 69 (91).

[20] Sobre el tema *vid.* MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 1, núms. margs. 4 y 5, y § 32, núms. margs. 472 y ss.; REHBINDER, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 355 (356); además *vid.* U. HUBER, en *Studium Generale*, 1970, pp. 769 ss.; D. SCHMIDT, *Unterscheidung von privatem und öffentlichen Recht*, pp. 174 y 175.

[21] Cfr. RAISER, *DJT*, 46, vol. 2, B1(16).

[22] En este mismo sentido, D. SCHWAB, *Einführung in das Zivilrecht*, núm. marg. 83: las normas de Derecho civil no como creación de la voluntad "privada", sino de la sociedad organizada políticamente en el ámbito del Estado.

El marco determina el contenido. También el marco dispuesto por el legislador de Derecho privado establece formas de resolución de conflictos, y con ello persigue objetivos públicos. Éstos pueden ponerse de relieve con intensidad comparable a lo que acontece en el Derecho público, en aquellos ámbitos en los que el Derecho privado ha introducido regímenes de protección especial a favor de consumidores, vecinos, inquilinos o competidores. En consecuencia, ambos ordenamientos jurídicos (público y privado) no pueden dividirse conforme a lo establecido en la llamada teoría de los intereses *.

15. En el Derecho privado las normas son sobre todo un marco. La función de estas normas es permitir una comunicación libre y asimismo otorgar obligatoriedad a sus efectos [23]. Tal naturaleza se evidencia de manera especialmente clara allí donde las partes pueden apartarse de la normativa legal, de valor dispositivo, y utilizarla como un modelo en el que se pueden introducir variables. El marco puede ser restringido por necesidades de protección especial a través de cláusulas y normas prohibitivas, y en casos concretos puede ser rellenado completamente con un mecanismo como la contratación forzosa; pese a ello, el establecimiento de un marco sigue siendo la técnica normativa más importante del Derecho privado. Los motivos que llevan a cada sujeto a perseguir la satisfacción de sus intereses de esa determinada forma y no de otra es normalmente irrelevante. De ello se deduce que la obligación de motivación, que en el Derecho administrativo es un elemento esencial, en el Derecho privado es un fenómeno excepcional [24]. El hecho de que las normas de Derecho privado tengan esta limitada intensidad es lo que permite utilizarlo como instrumento de regulación de todos los sectores de las relaciones jurídicas. Por ello el Derecho privado es el Derecho general del tráfico jurídico, mientras que el Derecho público es un Derecho especial de los titulares del poder público. Este carácter de marco que tiene el Derecho privado le permite también reaccionar con rapidez a nuevos fenómenos, manteniendo en todo momento a disposición un arsenal básico de instituciones. Puede hablarse, por tanto, de una especial capacidad receptiva del Derecho privado.

b) Derecho público

16. El Derecho público se ocupa de la posición especial de los titulares estatales de soberanía y de sus mandatos de actuación. Es

* *N. del T.:* El autor se refiere a la doctrina que distingue el Derecho público y el privado porque el primero se ocupa de la satisfacción de los intereses públicos y el segundo de los privados.

[23] Sobre el tema *vid.* DRUEY, *JöR*, 1991-1992, p. 149 (159 y 160).

[24] MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 1, núm. marg. 4.

el "derecho propio" de las unidades con competencias decisorias, organizadas especialmente para cumplir funciones de interés público [25]. Con estas unidades aparece en escena otro actor que no monopoliza el interés público pero que debe impulsarlo permanentemente como un gestor responsable [26]. En un ordenamiento constitucional que diferencia una esfera estatal y una social, o sea, la libertad y la competencia y que parte de la necesidad de legitimación de todas las acciones del Estado, es explicable presentar un sistema jurídico propio, incluso un derecho especial. Esa dualidad, sin embargo, no se deduce obligatoriamente de la Constitución [27]. Sin embargo, como concepto es comprensible y práctico a pesar de todos los solapamientos, puesto que se ha intentado captar los problemas de ejercicio del poder, de interés público y legitimación, en modelos normativos diferentes para el Estado y la sociedad, modelos que se han desarrollado de manera sistemática por vías diferentes.

17. El poder del Estado es un poder que necesita ser justificado (*vid.* 1/21). Puede unilateralmente establecer efectos jurídicos, pero tiene que legitimar sus decisiones mostrando su relación con los intereses públicos. Allí donde entra en juego el poder estatal, no puede conformarse el derecho con ponerle explícitas limitaciones desde fuera. Tiene que organizarse de tal manera que sea capaz de imponer su voluntad y a la vez estar organizado desde dentro de un modo que lo haga idóneo para la satisfacción del interés público. Esa doble vertiente de la problemática del interés público debe asimilarla de manera autónoma el Derecho público junto al problema del ejercicio del poder. Justificar una decisión significa explicar las reflexiones de partida y los objetivos. Las decisiones de los detentadores del poder deben ser motivadas por principio, de manera diferente a como ocurre en el ámbito privado [28]. No se trata sólo de algunas normas que obligan a motivar en determinados casos. La necesidad y la posibilidad de motivar las decisiones llevan a la aparición de estructuras jurídicas especiales que afectan a la formación interna de aquéllas mucho más profundamente que la mera regulación del procedimiento externo que es habitual en el Derecho privado.

18. Las específicas tareas normativas del Derecho público determinan su estructura jurídica. Se trata más bien de tipificación que de delimitaciones conceptuales nítidas. No toda norma de Derecho públi-

[25] Sobre el tema *vid.* la exposición de WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 22, núms. margs. 13 y ss.

[26] Éste es el contenido nuclear de la útil teoría de la delimitación, llamada teoría de la función asignada; cfr. ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 27.

[27] Como explicación de la cuestión de hasta qué punto el dualismo del sistema jurídico refleja el dualismo de sociedad y Estado, *vid.* MANSSEN, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 112 ss.; KEMPEN, *Formenwahlfreiheit*, pp. 29 ss.

[28] Sobre el tema, LÜCKE, *Begründungszwang und Verfassung*, de manera especial, pp. 37 ss.

co persigue la realización al mismo tiempo de todo tipo de tareas. Existen niveles, los cuales se conciben como círculos jurídicos o sistemas de relaciones jurídicas [29]. Así, junto al derecho de los actos administrativos, cuya misión es regular situaciones concretas, existe, por ejemplo, el derecho de los contratos administrativos. El Derecho público es, como "derecho propio" de las Administraciones Públicas, en primer lugar Derecho de la organización. Precisamente el contenido de las normas de organización, entre las cuales también hay que incluir el Derecho de la competencia, el Derecho presupuestario y el Derecho del control contable así como algunas partes del Derecho administrativo económico y en general el derecho que regula la formación de decisiones en el ámbito interno de la Administración, tiene importantes cometidos a la hora de garantizar la legitimación democrática y la distancia o imparcialidad del Estado (5/18-23). Además esas normas de organización sirven para garantizar la transparencia en las competencias atribuidas por el Estado de Derecho. En el debate científico a menudo no es suficientemente valorada la parte organizatoria del Derecho público, dado que sólo se toma en consideración los efectos externos de la acción del Poder Ejecutivo. Debido a ello no se agota el potencial de capacidad de articulación del Derecho público: también en los ámbitos en los que el Poder Ejecutivo actúa con efectos externos mediante las formas del Derecho privado debe respetar las normas de organización. Incluso en los ámbitos en los que el Poder Ejecutivo intenta organizarse conforme al Derecho privado tiene que respetar el derecho económico público y el derecho presupuestario. La parte organizatoria del Derecho público es el derecho básico y modelo del Poder Ejecutivo.

19. Las tareas normativas que corresponden al Derecho público le prohíben que se limite a una articulación de las reglas de juego (marco), como ocurre en el Derecho privado. La capacidad directiva tiene que ser siempre también para el Derecho público capacidad directiva de programación, la cual se hace efectiva sobre supuestos de hecho materiales y sobre la facultad transformadora de los supuestos axiológicos jurídico-constitucionales, por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Esto se deduce del componente interno de hecho de la legitimación democrática, así como del deber de certeza que es propio del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que representan no sólo una garantía procedimental, sino también de contenido. Todas estas garantías prohíben dejar la solución de un conflicto de intereses únicamente a un acuerdo consensuado y concreto de los interesados (1/49). Pero incluso allí donde el Derecho público utiliza la regulación del procedimiento como técnica de intervención, esas garan-

[29] ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 1, núm. marg. 26, quiere sustituir el dualismo existente a través de un pluralismo de relaciones jurídicas, que hace aparecer al ordenamiento jurídico como un ordenamiento de relaciones jurídicas.

tías se alejan del modelo del enfoque directivo comparable del Derecho privado. El Derecho público no puede darse por satisfecho con establecer una perspectiva de acuerdo de los interesados, y la regulación del procedimiento externo de ese acuerdo. La necesidad de justificación de la acción del Estado exige también adoptar medidas respecto a la fase interna del proceso de toma de decisiones. El concepto básico de la discrecionalidad administrativa es precisamente un tema significativo por esta causa. El deber de legitimación democrática subraya las peculiaridades del modelo de enfoque directivo del procedimiento jurídico, a través de exigir un especial distanciamiento de protección, por ejemplo, a través de normas de abstención (de los funcionarios). Por esta razón las decisiones democráticamente legitimadas pueden ser acatadas más allá del círculo estricto de quienes han votado a favor de ellas, con las ventajas que una regulación de tan amplio radio comporta.

c) Conexiones y acoplamientos

20. El Derecho público y el privado tienen, por tanto, que separarse, en tanto establecen modelos normativos diferentes para situaciones diversas, en las que los ciudadanos se relacionan con otros sujetos jurídicos privados o también con el Estado organizado. Ambos regímenes jurídicos se consideran como arsenal de mecanismos de protección y acción. Los dos regímenes no dejan de tener relaciones. Más bien están entrelazados entre ellos [30]. A veces se ha intentado reunirlos en un *Derecho común*. En contra de esta solución se manifiesta, sin embargo, no sólo el Derecho positivo, que en numerosas definiciones claves parte de una separación. En contra se plantea sobre todo la reflexión de que formas jurídicas diferentes pueden comprender mejor la diversidad de los procesos de la vida que los modelos unitarios. Los acoplamientos quedan abiertos ante la existencia de modelos normativos diferentes. Lo cierto es que las distinciones se han establecido con la misma claridad que las relaciones y solapamientos. La acción de la Administración utilizando el Derecho privado y una orientación hacia los actores privados de las normas válidas en la acción administrativa aparecen no como expresión de un intento de irrupción abusiva o de huida de una vez para siempre de un régimen jurídico establecido [31], sino más bien como medio fructífero de ofrecer un marco jurídico a los cambios continuos de la distribución de las funciones asignadas socio-estatales y de las posibilidades de cooperación que junto a ello surgen.

[30] Cfr. también Manssen, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 104 ss.

[31] Sobre la muy citada imagen de una "huida hacia el Derecho privado", cfr. Fleiner, *Institutionen*, p. 326.

2. *La Administración con forma de Derecho privado*

21. Están proyectadas para utilizar las formas de acción y organización del Derecho privado la actividad empresarial de la Administración, la de los empleados públicos no funcionarios, la del tráfico de toda clase de inmuebles en manos públicas y la de las compras públicas, pero también amplias esferas de la Administración de prestación y fomento, de la de subvención y de prestación [32]. En el mismo sentido está incluso prescrito de manera expresa en los arts. 87e y 87f de la GG para el caso de los ferrocarriles y para correos y las telecomunicaciones. Semejantes observaciones pueden también hacerse en el caso de la práctica de la organización y de la acción de la Administración de la Unión Europea [33]. Sectores abiertos al desarrollo tienen que ser provistos con un régimen jurídico de este tipo, que se ajusta al proceso de cambio que tiene lugar entre las actividades estatales y no estatales. El Derecho privado actúa como derecho general del tráfico económico. Le proporciona a la Administración la necesaria "capacidad de conexión" de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados. Más allá, como derecho idóneo para experimentar puede ofrecer una sistematización para nuevas actividades, hasta que se manifieste la necesidad de una regulación jurídico-pública autónoma a través de una más intensa práctica administrativa. Esto es válido para las actividades administrativas cuyo alcance va más allá del ámbito estatal, cuyo número aumenta en la vida cotidiana de la Administración, y que, a falta de un apoyo normativo específico de Derecho internacional, sólo cabe llevar a cabo en régimen de Derecho privado [34]. La capacidad del Derecho privado del Estado y su competencia para la elección del régimen jurídico no están fundamentadas únicamente en la práctica jurídica, ni suponen colocar al mismo nivel la actividad pública y la privada [35]. Al contrario, de lo que se trata es de que la Administración pueda, cuando actúa en ámbitos situados entre lo público y lo privado, acercarse un poco más al régimen jurídico de Derecho privado, teniendo en cuenta que esta aplicación del Derecho privado requiere una fundamentación específica y, por lo tanto, tiene un alcance limitado. Este fenómeno se produce en distintas situaciones jurídicas.

22. En muchos campos ayuda la estructuración de las relaciones jurídicas en dos niveles para combinar los mecanismos de protección jurídico-públicos y las formas de estructuración jurídico-privadas. Es

[32] Sobre el tema *vid.* básicamente Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, en diversos pasajes.

[33] Brenner, *Gestaltungsauftrag der Verwaltung*, pp. 132 ss.

[34] Cfr. Hellermann, en *FS für Böckenförde*, pp. 277 ss.

[35] Sobre el tema, con más argumentos, *vid.* Manssen, *Privatrechtsgestaltung*, pp. 68 ss.; con posiciones contrarias *vid.* Kempen, *Formenwahlfreiheit*, pp. 112 ss.; J. Burmeister, *VVDStRL*, vol. 52, p. 190 (210 ss.).

significativo que la teoría de los dos niveles haya sido invocada precisamente allí donde la Administración ha introducido a personas privadas en el proceso de producción de prestaciones, por ejemplo, en el derecho de las subvenciones y en el derecho de los institutos públicos [dirigidos a actividades prestacionales], es decir, en aquellos casos en que la actividad prestacional no se lleva a cabo por la Administración en solitario, sino en cooperación.

23. Si intenta la teoría de los dos niveles una estructuración vertical de las relaciones jurídicas, el Derecho privado administrativo, por el contrario, integra horizontalmente el modo de acción jurídico-privada y los mecanismos de protección jurídico-públicos * [36]. Utilizamos aquí este concepto en un sentido amplio, y que incluye tanto la actividad de la Administración dirigida a la satisfacción de sus propias necesidades, como su actividad económica dirigida a la obtención de ganancias o actividad empresarial **. Las normas vinculantes básicas del art. 1, párrafo 3, y art. 20, párrafos 2 y 3, de la GG *** son válidas para cualquier modo de administrar. El Derecho privado no está capacitado para dispensar al Ejecutivo del respeto a las exigencias propias del orden de distribución de competencias y de los requisitos básicos de legitimación. También la acción de la Administración con formas de Derecho privado es acción del Estado y tiene que responder como tal públicamente. A menudo se critica al Derecho privado administrativo diciendo que no proporciona suficientes criterios normativos, lo que supone olvidar que esta figura jurídica sólo opera en aquellos ámbitos en los que el régimen jurídico que sería aplicable en su defecto (el Derecho privado) deja un margen de actuación aún mayor. Es en este reducido sector de actividades administrativas cercanas al mercado y con estas limitadas pretensiones como interviene el Derecho privado administrativo a fin de establecer los ajustes necesarios entre los intereses públicos y los privados.

* *N. del T.*: La expresión alemana *Verwaltungsprivatrecht* puede traducirse como "Derecho privado administrativo", lo que es más correcto gramaticalmente, puesto que *Verwaltung* modifica a *Privatrecht*, o como "Derecho administrativo privado". En todo caso, el nombre no permite hacerse una idea de su significado, que se explica en las líneas siguientes del texto.

[36] Sobre el tema recientemente de manera sistemática, LERCHE, en *FS für Winkler*, pp. 581 ss.; RÖHL, *VerwArch*, 1995, pp. 531 ss. Particularidades sobre el tema, *vid.* WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 23, núms. margs. 18 y ss. y 29 y ss., las cuales parten de un concepto restringido, y afirman las vinculaciones a los derechos fundamentales, pero también de la Administración patrimonial y económico-lucrativa.

** *N. del T.*: Se trata de una Administración que no persigue el interés público o general, sino satisfacer las necesidades que tiene. La actividad de "satisfacción de necesidades" se corresponde con el campo de las compras públicas, es decir, los contratos de suministro, pero también de obras, por ejemplo.

*** *N. del T.*: El art.1, párrafo 3, dice: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable»; el art. 20, párrafo 2, dice: «Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial», y el párrafo 3 dice: «Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso».

24. Para no sobrevalorar el significado de la construcción hecha debe tenerse en cuenta que un problema común a las relaciones jurídicas entre particulares y a las relaciones entre la Administración y los particulares, como es la necesidad de protección del consumidor "parte débil" de esa relación, ha sido abordado por el Derecho del consumo, que analiza los problemas derivados de las posiciones de poder que se dan en mercados monopolistas de un modo más detallado y práctico que lo que puede ofrecer la dogmática jurídico-administrativa tradicional [37]. Éste es el campo, por ejemplo, de las condiciones de abastecimiento generales, que existen para los grandes sectores del abastecimiento de la electricidad, gas y agua, así como para la eliminación de aguas residuales y basura, y que, con valor reglamentario, configuran directamente las relaciones de prestación [38]. La conclusión, la rescisión y la estructura de las prestaciones de los contratos de suministro, las obligaciones principales o secundarias y otros numerosos mecanismos de protección deben disponerse independientemente de si el oferente los incluirá en el sector público o en el privado. Un desarrollo comparable se perfila para los suministros públicos debido a la influencia del Derecho comunitario [39]. La teoría jurídico-administrativista ha tomado hasta ahora en poca consideración estas normas jurídicas, las cuales abarcan amplias esferas de la previsión realizadas a través del Derecho privado. Esas normas descargan de modo permanente al Derecho administrativo privado.

25. El campo propio de un Derecho administrativo privado libremente construido, y por ello en sus enunciados no siempre claro, tiene un mayor significado en la teoría que en la práctica. Ese campo encuentra su fundamento en la amplia vinculación de todos los poderes ejecutivos a los derechos fundamentales y a los principios de un administrar propio de un Estado de Derecho y democrático [40]. Esto exige que los criterios que rigen la actuación administrativa frente a terceros, sobre todo los principios de igualdad y de proporcionalidad, se apliquen a toda la actividad administrativa, con independencia de que su régimen jurídico sea público o privado. Junto a ello queda un ámbito para fijar las diferencias entre ambos regímenes según las necesidades de protección perceptibles. Las actividades económico-lucrativas y de prestación en ningún caso pueden establecerse de manera esquemática en el mismo nivel [41]; incluso dentro del Derecho público esos principios jurídicos no tienen un contenido vinculante uniforme, sino que varían según se apliquen a los procedimientos de la Administración planificadora, prestadora o interventora.

[37] RÖHL, *VerwArch*, 1995, p. 531 (545 ss.).

[38] Sobre el tema, SCHMIDT-ASSMANN, *VR*, 1989, pp. 37 ss.

[39] Sobre el tema, TRIANTAFYLLOU, *NVwZ*, 1994, pp. 943 ss.

[40] Detalladamente sobre el tema, STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 74 IV.

[41] En este mismo sentido, LERCHE, en *FS für Winkler*, p. 581 (591 y 592).

26. Desde un punto de vista *jurídico-material* el contenido vinculante del Derecho administrativo privado puede desarrollarse sólo según una fórmula «cuanto más... más», lo que configura una escala que se inicia próxima a la actividad ejercida en forma de Derecho privado y llega hasta las funciones propias de soberanía *. En tanto el Estado participa en empresas mixtas, el punto de contacto para la vinculación especial privado-administrativa es sólo la participación estatal, no la actuación de las propias empresas en el mercado, que por su parte sólo pueden ser afectadas por un número limitado de vinculaciones de Derecho público a través de una transformación de sus obligaciones (*vid.* 5/53).

27. Unos perfiles más claros en el futuro puede alcanzar la parte *jurídico-procedimental* del Derecho administrativo privado. Esto guarda relación con desarrollar, desde una aplicación analógica de la Ley de procedimiento administrativo, exigencias básicas, por ejemplo, en lo referente a cuestiones de abstención, audiencia y motivación. En el caso de la protección de datos y del secreto se percibe en el Derecho positivo un acercamiento de las disposiciones vigentes sobre el procesamiento de datos en el ámbito administrativo y en el privado. La directiva sobre protección de datos de la Unión Europea (95/46/CE) sigue esta tendencia. Las normas procedimentales del Derecho presupuestario también pueden contribuir a disciplinar la actividad privada de la Administración, en la medida en que deje de pensarse que la eficacia del Derecho presupuestario es meramente "interna" (*vid.* 6/95).

3. *"Ordenamientos de cobertura" para la cooperación entre el Estado y la sociedad*

28. Con todo, la recíproca interacción y entrelazamiento de ambas esferas del ordenamiento jurídico excede con mucho de la cuestión del sometimiento de la Administración al Derecho privado. Y ello es así como consecuencia de la creciente cooperación entre el Estado y la sociedad. En ninguno de los ámbitos de referencia objeto de investigación se utilizan con carácter exclusivo o unidimensional los clásicos instrumentos propios del poder público, expresión de la soberanía. Por todas partes se encuentran zonas o espacios de realización de tareas

* El Derecho privado administrativo consiste en que determinados principios jurídico-públicos, como el de igualdad o el de proporcionalidad, o el respeto a los derechos fundamentales, se apliquen también a la actividad jurídico-privada de la Administración. La intensidad de la aplicación de esos principios no es uniforme, sino que es mayor a medida que esa actividad administrativa regida por el Derecho privado es más próxima, por su contenido, a la actividad pública de la Administración. Por ejemplo, la aplicación de esos principios será mucho más intensa en la actividad de control aéreo (suponiendo que se realice en un régimen de Derecho Privado) que en la actividad de una empresa pública en el mercado, puesto que esta última está más próxima a la actividad de los particulares que a la actividad de la Administración.

comunes, y en las que la acciones singulares de los agentes públicos y de los particulares han de ser armonizadas y sólo pueden llevarse a cabo gracias a la actuación conjunta (*vid.* 3/34, 88/92). El fenómeno privatizador no ha hecho sino potenciar o acrecentar esos campos. El Derecho comunitario refuerza esta tendencia, en tanto que, por ejemplo, se sustituyen los procedimientos tradicionales de control por otros basados en la emisión de certificaciones por entidades privadas. La privatización de funciones no conduce a una clara separación de las esferas de competencia pública y privada. Esa privatización de funciones significa, más bien, que si antes el Estado tenía la responsabilidad de llevar a cabo directamente las tareas públicas, por ejemplo, de control, ahora su misión es más bien supervisar la ejecución de esas tareas, lo que le obliga a acudir con más intensidad a la cooperación con los particulares. Muchos procedimientos administrativos se entienden sólo como estructuras de acción compleja parcial o como más largas cadenas de acción, que no pueden ser tomadas en consideración al margen de un contexto formado por la actuación de particulares en régimen de Derecho privado. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho administrativo, los dos grandes sectores del ordenamiento, Derecho público y Derecho privado, se aproximan, puesto que, de un lado, las instituciones de uno y otro sector aparecen como alternativas que pueden cumplir una misma función, y el Derecho privado y el público en su conjunto como ordenamientos que se complementan y apoyan mutuamente en la función de disciplinar las distintas facetas de la acción administrativa.

29. La idea de los "ordenamientos de cobertura" *(Hoffmann-Riem)* hace referencia a las diferentes posibilidades que ofrecen los dos sectores del ordenamiento jurídico *. Con ella se pretende subrayar la unidad de las funciones públicas y su objeto consiste en plantearse en qué medida las necesidades de regulación que no se satisfacen en forma suficiente con el recurso a uno de los dos sectores del ordenamiento jurídico pueden alcanzarse recurriendo a los ele-

* *N. del T.:* HOFFMANN-RIEM habla de "cobertura" *(Auffang)* para referirse a distintos supuestos, especialmente en el campo del Derecho ambiental, en los que el Estado deja en manos de los particulares la realización de determinadas tareas, pero sin renunciar a intervenir en ellas y en particular a garantizar que en su ejecución se respetan unos determinados principios o se alcanzan unos ciertos objetivos en la tutela de los intereses públicos. Por ejemplo, el Estado deja en manos de particulares la verificación del cumplimiento de las normas ambientales, pero exige determinados requisitos a quienes se van a encargar de esa verificación y establece un sistema de sanciones y de controles para el supuesto de que esa actuación privada no funcione adecuadamente. Por lo tanto, el Estado privatiza, pero a la vez establece un mecanismo de cobertura para evitar que salgan perjudicados los intereses públicos. En otros términos: el Estado deja de ser gestor y se transforma en garante. El problema concreto que se plantea en este parágrafo es la utilidad tanto del Derecho público como del privado para establecer ese "régimen de cobertura", es decir, esas normas o mecanismos que deben aplicarse en caso de que la autorregulación o la actuación privada no funcionen adecuadamente.

mentos del otro sector [42]. Así, si en la actuación administrativa en régimen de Derecho privado es necesario integrar mecanismos de protección de los particulares de tipo jurídico-público, para compensar el hecho de que es la Administración la que recurre al Derecho privado en su propio beneficio, en el caso de los "ordenamientos de cobertura" se trata de mantener las diferencias que existen entre los instrumentos de ambos sectores del ordenamiento y de lograr, utilizando conscientemente el complejo conjunto de mecanismos de esos dos sectores, que el tratamiento dado por el sistema jurídico en su conjunto a los problemas planteados sea el más adecuado.

30. El Derecho administrativo va de esta forma más allá de su objeto tradicional, que son las actividades de la Administración. Se interesa también por las posibilidades de regulación paralela, puntos de interconexión y recíprocos ámbitos de influencia entre los dos ordenamientos jurídicos parciales [43]. Así, en un convenio relativo a la aprobación de normas jurídicas, en el que el Ejecutivo renuncia al ejercicio de esta potestad, ¿es necesario que la organización de Derecho privado con la que se celebra el acuerdo sea representativa de unos determinados intereses? Al Derecho privado administrativo hay que incorporarle un *Derecho administrativo privado,* que atienda las necesidades de protección y de delegación que aparecen allí donde las acciones de la Administración y personas privadas se relacionan recíprocamente de manera específica (*vid.* 5/55-57) * [44]. Esta clase de problemas se

[42] Hoffmann-Riem, *DVBl,* 1994, p. 1381 (1386 y 1387); del mismo autor, *AöR,* 1994, p. 590 (609 ss.).

[43] Con amplia perspectiva sobre el tema, Pitschas, en Hart, *Privatrecht im "Risikostaat",* p. 215 (228 ss.), el cual caracteriza la cooperación del Derecho privado y el Derecho público como "modelo de funcionamiento dual".

* *N. del T.:* La distinción entre el "Derecho privado administrativo" *(Verwaltungsprivatrecht)* y el "Derecho administrativo privado" *(Privatverwaltungsrecht)* requiere algún comentario. La Administración puede actuar en régimen de Derecho privado. Sin embargo, no se le aplica el Derecho privado en las mismas condiciones que a los particulares, sino un Derecho privado enriquecido o matizado por la aplicación de ciertos principios o reglas (en especial, el principio de igualdad y el respeto a los derechos fundamentales) de los que la Administración no queda dispensada en ningún caso, ni siquera cuando actúa sometida al Derecho privado. Ese Derecho privado transformado es el Derecho privado administrativo, término éste muy asentado en la doctrina alemana. El "Derecho administrativo privado" sería el conjunto de reglas que se aplican en aquellos supuestos en que la Administración actúa en colaboración con particulares y asumiendo éstos la realización de funciones públicas (de modo que la Administración permanece en una posición de garante). Lo característico de ese Derecho administrativo privado es que no regula sólo ni principalmente la actuación administrativa, como es típico del Derecho administrativo, sino determinadas facetas de la actuación de los particulares en la medida en que colaboran con la Administración en la satisfacción de los intereses públicos. Por otro lado, el autor hace referencia a que en los supuestos de colaboración de particulares en el ejercicio de funciones públicas es necesario que el Derecho, por un lado, proteja los intereses públicos y privados afectados, evitando que esa colaboración de los particulares redunde en perjuicio de tales intereses, y también es necesario que regule la delegación que se efectúa en favor de los particulares, es decir, la descarga *(Entlastung)* de funciones públicas en ellos.

han regulado ya en relación con los concesionarios y demás supuestos de colaboración de particulares en el ejercicio de funciones públicas [45]. En la legislación sobre la auditoria ecológica se pueden observar otras partes de este régimen jurídico que se va perfilando poco a poco y que rellena las necesidades de protección de determinados intereses en el marco de la colaboración entre la Administración y los particulares [46]. También se han obtenido conocimientos capaces de generalización en relación con los medios privados de resolución de conflictos [47]. De especial interés son las reglas que aseguran una adecuada representación e identificación de los intereses en presencia (*vid.* 5/55-57): normas sobre incompatibilidad, neutralidad y protección del secreto deben ser respetadas de la misma manera por los cooperantes privados y de Derecho público; si se diera el caso, los riesgos por responsabilidad civil deben cubrirse mediante la conclusión de un seguro obligatorio para proteger a los terceros [48]. Allí donde las personas privadas, por ejemplo, como expertos en medio ambiente, ejercen tareas de vigilancia y control, tiene que estar asegurada la seguridad y competencia profesional [§§ 4-8 de la Ley de Auditoría Ambiental (UAG)].

III. Modelo de ordenación del sistema de acción administrativa

31. El sistema de acción administrativa es el resultado de la estructuración jurídica de la acción de la Administración de forma general. El sistema de acción administrativa es el andamiaje jurídico de la acción práctica. En ese andamiaje están englobados los enfoques directivos del Derecho administrativo, la teoría de las formas de actuación jurídico-administrativas y de la relación jurídico-administrativa, el derecho procedimental-administrativo y los criterios de actuación de la Administración [49]. Lo que en una primera impresión puede parecer una casual agrupación de diferentes instituciones jurídicas, se manifiesta como un ensamblaje pleno de sentido y complemento funcional de modelos de regulación diferentes: El Derecho del procedimiento administrativo sirve como encauzamiento procedimental, mientras la teoría de la aplicación jurídica y la teoría de los criterios de actuación

[44] Sobre el tema en detalle, Trute, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht,* pp. 167 ss.

[45] Sobre el tema, Di Fabio, *VVDStRL,* vol. 56, p. 235 (271 ss.).

[46] Pitschas, en Lüder, *Staat und Verwaltung,* p. 269 (279 ss.); J. P. Schneider, *DV,* 1995, p. 361 (380 ss.).

[47] Cfr. Schmidt-Assmann, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht,* p. 7 (30 ss.); Hoffmann-Riem, en ese mismo trabajo, p. 261 (300 ss.); Ritter, en Schmidt-Assmann y Hoffmann-Riem, *Verwaltungsorganisationsrecht,* p. 207 (240 ss.).

[48] En tal sentido los componentes de un "Derecho procedimental privado" para empleos preceptuados en el Derecho de la seguridad en los productos, por ejemplo, Directiva 97/23, Apéndice IV.

[49] En sentido análogo, Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln,* pp. 187 ss.

de la acción administrativa se ocupan de las distintas formas en que las normas pueden dirigir la actuación administrativa mediante el establecimiento de un programa normativo [50]. La teoría de la relación jurídico-administrativa y de las formas de actuación jurídico-administrativas dicen algo sobre las exigencias básicas comunicativas de cada proyecto o intento de intervención a través del Derecho: La teoría de la relación jurídico-administrativa fija el marco y los modos de conseguir acuerdos. La teoría de las formas de actuación jurídico-administrativas debe garantizar la estabilidad del resultado y la transparencia de su ejecución.

32. Estos cuatro enfoques del instrumentario de la Parte general del Derecho administrativo tienen en común su recurso a la fuerza de modelación del derecho. El derecho no se acerca *a posteriori* y desde fuera de manera que limite la acción administrativa real, como si esa acción existiese independientemente del derecho, sino que es el Derecho el que le da su existencia como tal acción jurídica [51]. Esto no excluye otras formas de intervenir, por ejemplo, con recursos financieros o con información, y tampoco otras apoyados en el mercado, la negociación o la autorregulación. Pero ninguno de estos enfoques puede producir efectos en un Estado de Derecho sino a través del Derecho. Por lo tanto, no se trata de buscar alternativas al Derecho, sino de hacer que éste sea capaz de articular el nuevo significado que han asumido algunas de las formas básicas de regular o de intervenir: el Derecho debe ser el garante de que la acción administrativa sea racional, con independencia de la transformación de las condiciones en que se produce la intervención administrativa (*vid.* 1/33-44).

1. *Tareas de la teoría de las formas de actuación jurídico-administrativa*

33. La teoría de las formas de actuación jurídica de la acción de la Administración forma parte, desde un punto de vista histórico-dogmático, de una de las partes más antiguas de la Administración. A pesar de ello, hoy en día sigue siendo un elemento nuclear del sistema de acción de la Administración [52]. Esto es válido no sólo para el Derecho alemán, sino también, como así lo muestran los arts. 189-192 del

[50] Cfr. König y Dose, en ídem, *Instrumente und Formen*, p. 3 (115 ss.); Schuppert, en Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y Schuppert, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 65 (101 ss.): preparación de tipos de resoluciones y procedimiento funcionalmente útil.

[51] En este mismo sentido, Pauly, en Becker-Schawarze, Köck, Kupka y V. Schwanenflügel, *Wandel der Handlungsformen*, p. 25 (27), con referencia a Merkl: el Derecho administrativo «no [es] meramente para la Administración la *conditio sine qua non, sino la conditio per quam*».

[52] Schoch, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und Flexibilität*, p. 199 (205).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [53], también para el Derecho administrativo de la Unión Europea. Acto y contrato administrativo, reglamento, directiva, ordenanza, reglamento administrativo, instrucción y mera declaración de voluntad son todos conceptos claves, que abren la vía a las importantes fases del Derecho procedimental y procesal así como a la teoría de los vicios y de firmeza de las resoluciones administrativas [54]. Desde una perspectiva conceptual hay que separar los conceptos anteriores de las formas de la acción administrativa [55]. En éstas la parte instrumental ocupa un lugar destacado. La subvención y las advertencias oficiales reflejan también ya una acción práctica ordenada y estructurada. Sin embargo, su configuración no se deriva de criterios jurídicos. El conjunto de acciones y las fases de decisión a que estos conceptos hacen referencia no se confunden con aquellos que son propios de las formas jurídicas de la actuación administrativa. Las formas de acción administrativa pueden llegar a ser formas jurídicas si son delimitables clara y suficientemente bajo puntos de vista jurídicos y a éstos se les puede adjuntar determinadas consecuencias jurídicas. Por el contrario, las formas jurídico-administrativas tienen una relación muy característica con el sistema jurídico [56]. Las formas de acción administrativa desde un punto de vista jurídico-práctico actúan como modelos de ordenación, que facilitan el descubrimiento de soluciones concretas (función de almacenamiento). Desde un punto de vista jurídico constructivo, las formas jurídicas sirven para ordenar la acción administrativa de acuerdo con dos principios: el de concentración, que permite lograr más "distancia" u objetividad, y el de una más adecuada correspondencia con las consecuencias jurídicas (función ordenadora) *.

[53] Sobre el tema básicamente, Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, pp. 405 ss.; Oppermann, *Europarecht*, núms. margs. 444 y ss.

[54] Schmidt-Assmann, *DVBl*, 1989, pp. 533 ss.; Pauly, en Becker-Schwarzer, Köck, Kupka y V. Schwanenflügel, *Wandel der Handlungsformen*, pp. 25 ss.; Di Fabio, allí pp. 47 ss.; Schulze-Fielitz, *DVBl*, 1994, p. 657 (660 ss.); Pitschas, en Blümel y Pitschas, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, p. 229 (238 ss.); V. Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 67 ss.; Ladeur, *VerwArch*, 1995, pp. 511 ss.; Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, especialmente pp. 32 ss.; además, Krause, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*; Ossenbühl, *JuS*, 1979, pp. 681 ss.

[55] J. Burmeister, *VVDStRL*, vol. 52, p. 190 (206), con más referencias en nota a pie de p. 29.

[56] Cfr. Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 17 ss. (sobre la formación conceptual y tipología), pp. 183 ss. (sobre la estructuración jurídica).

* *N. del T.*: En los dos últimos puntos el autor se ocupa desde los planteamientos de la teoría de las formas de acción de la Administración, por una parte, del desarrollo de estas formas desde un punto de vista práctico, de tal manera que actúan como almacenamiento o memoria. Por ejemplo, determinar si una actuación de la Administración es un acto administrativo o no. Si lo es, a su vez ello implica en su uso lo siguiente: ese acto exige un procedimiento, frente a él existen unos recursos, etc. Es decir, se producen unos efectos sobre la base de esa labor de almacenamiento, dice Schmidt-Assmann, que permiten encontrar una solución al problema, por ejemplo, en los diversos ámbitos del Derecho administrativo especial. Por otra parte, desde un punto de vista constructivo la teoría de las formas implica la construcción de

a) Principios fundamentales

34. Las formas jurídicas de la Administración suponen "dar forma", es decir, aislar dentro de la compleja realidad de la acción administrativa, en *primer* lugar, algunos elementos concretos y analizar su significado dentro de la acción administrativa en su conjunto. Otto MAYER ha descrito claramente esta fuerza ordenadora de la teoría de las formas de actuación jurídicas, cuando le asigna a ésta la tarea de que en el «fluyente volumen de la actividad administrativa» deje emerger aquí y allá puntos sólidos, «que procuren apoyo al individuo y le indiquen con seguridad hacia dónde se orienta» [57]. El efecto propio de la teoría de las formas de actuación administrativa en un Estado de Derecho consiste en aportar claridad jurídica, que también beneficia a la Administración, puesto que refuerza la racionalidad y aceptación de sus resoluciones. Como actuación se considera cada conducta imputable básicamente al Poder Ejecutivo. En la práctica la teoría de las formas de actuación administrativa se concentra exclusivamente en algunos sectores de la acción administrativa. Precisamente esa selectividad en los enfoques de ordenación debe hacer más abarcable el extenso campo de las actividades de la Administración. Hasta ahora sólo han tenido un papel importante en la teoría de las formas jurídicas las que producen consecuencias jurídicas inmediatas [58]. En ellas se muestra de manera muy clara la función de ordenación de la teoría de las formas de actuación administrativa en tanto que sus efectos se producen, a diferencia de lo que ocurre con la actuación material o técnica, a través del Derecho y consecuentemente son más fáciles de controlar jurídicamente. Sin embargo, no se trata de una condición imprescindible para que se pueda aplicar la técnica de las formas jurídicas. Precisamente la diversidad de formas observada en los ámbitos ya referidos y la diferente intensidad de la intervención hace necesario aplicar con más amplitud la teoría de las formas jurídicas. En la misma dirección se dirige el Derecho comunitario, el cual cuenta entre sus formas jurídicas junto al reglamento, la directiva y las decisiones también con las recomendaciones y los dictámenes (art. 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) [59]. También pueden ser incluidas entre las formas de intervención las actividades informativas e incluso las de prestación de hecho [60]. Junto a formas jurídicas plenamente delimitadas aparecen instituciones jurídicas, que no producen en todo caso un conjunto de efectos perfectamente delimitados, pero a las que sí se asocian algunas consecuencias jurídicas a la hora de ordenar una situación o de estructurar la acción administrativa. Estas instituciones también cumplen la tarea de la teoría de las formas, en el sentido de incluir la acción de la Administración en un marco de ordenación más amplio [61].

35. En un *segundo* paso se trata de someter los distintos tipos de acción administrativa que se han aislado del modo que hemos visto, a determinados requisitos y consecuencias jurídicas. Esta unión —regularmente propia de una tarea común de los Tribunales, de la ciencia del Derecho administrativo y del legislador— se hace efectiva según la idea de adecuación: fin de la acción, modo de funcionamiento y garantías jurídicas deben estar en una relación equilibrada. El criterio de adecuación es el punto central de la teoría de las formas de actuación jurídico-administrativas. Con ello se hace de nuevo importante la fijación del marco de valoración. En el pasado éste se determinó prioritariamente según los puntos de vista de la tutela judicial. Esto no se adecua, sin embargo, a la doble tarea del Derecho administrativo. De manera más acentuada que hasta ahora debe tomarse en consideración las formas de actuación jurídico-administrativas también como instrumento. La tradicional orientación desde las consecuencias tiene que transformarse en una orientación desde la acción *.

cauces de actuación, ordenando las particularidades de la actuación administrtiva desde un perspectiva dogmático-constructiva. Por ejemplo, la Administración tiene que actuar, y desde esa capacidad de observar distanciadamente se decide qué medios de actuación se utilizarán: reglamentos, actos administrativos, contratos, etc.

[57] *Verwaltungsrecht*, vol. I, pp. 92 y 93.

[58] Cfr. PAULY, en BECKER-SCHWARZE, KÖCK, KUPKA y V. SCHWANENFLUGEL, *Wandel der Handlungsformen*, p. 25 (32): «Formas jurídicas de la acción de la Administración son no sólo las dispuestas a disposición por el derecho, formas del derecho, sino formas, moldes del derecho, que son ellos mismos derecho: sus variedades indican diferentes fuentes del derecho».

[59] Sobre el modo de funcionamiento de las dos últimas formas, *vid.* IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, pp. 459 ss.

[60] En este mismo sentido, PITSCHAS, en BLÜMEL y PITSCHAS, *Reform des Vewaltungsverfahrensrects*, p. 229 (242).

[61] Como ejemplo de los por él llamados actos informativos, *vid.* DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss.

* *N. del T.:* Desde el punto de vista de las consecuencias (teoría causal) si se toma una decisión, por ejemplo, en el Derecho de policía, tendrá unos efectos y existirá una protección judicial muy amplia. El planteamiento es claramente formal. Frente a ello la actuación de la Administración puede tener unos fines desde un punto de vista material (teoría finalista), por ejemplo, en el ámbito económico, sin tomar en consideración las consecuencias de esa acción administrativa desde el punto de vista de la protección judicial. Evidentemente en el ámbito de esta teoría la protección judicial tiene un valor menor. Se trata, en definitiva, de que las formas jurídicas no se delimiten y analicen únicamente desde el punto de vista de los particulares, es decir, para definir qué puede y qué no puede hacer la Administración y qué medios de defensa puede poner en marcha el particular, sino también desde el punto de vista de la Administración, es decir, las formas jurídicas como instrumento de ésta.

b) Obligación de usar determinadas formas jurídicas y libertad de elección de formas

36. Bajo estos conceptos se plantean cuestiones en diferentes planos a veces demasiado indiferenciados [62]. En primer lugar, aparecen problemas con la elección entre el régimen de Derecho público y Derecho privado, los cuales se amortiguan por medio de la existencia del Derecho administrativo privado (*vid.* 6/23-27). En segundo lugar, interesa la elección entre la acción administrativa con forma jurídica y la actuación material, cuestiones a las que hay que referirse más adelante (*vid.* 6/65, 68). En este contexto se plantea únicamente la elección entre las formas de actuación jurídico-administrativas, ante todo entre el acto administrativo y el contrato administrativo, así como entre estas formas de actuación y las formas de actuación normativas del reglamento y la ordenanza. Para la cuestión planteada de elección de formas de actuación administrativa es válido lo siguiente: la teoría de las formas de actuación administrativa sirve para proveer la acción de la Administración con instrumentos jurídicos y disciplinarla en el ámbito del Estado de Derecho. Sin embargo, esa disciplina no puede llegar al punto de obligar a utilizar una determinada forma jurídica. Qué formas de actuación tiene que utilizar la Administración para alcanzar determinados efectos, es una pregunta que se responde conforme a un modelo de aplicación matizado [63]. Su primera fase se encuentra en los mandatos y prohibiciones de utilizar determinadas formas jurídicas que se encuentran en unos pocos preceptos legales, bien de forma expresa o a partir de una interpretación sistemática [64]. Una segunda fase consiste en el bloqueo de determinados efectos *, que se utiliza frecuentemente en el Derecho. Esos bloqueos dirigen indirectamente el uso de las formas de actuación, ya que permiten incorporar ciertos efectos sólo cuando se utiliza una determinada forma de actuación. Así, la Administración normalmente sólo puede disfrutar las ventajas de la ejecución forzosa recurriendo al acto administrativo y respetando sus criterios procedimentales y formales. Esto pone a prueba los criterios de adecuación de los que parten las normas reguladoras de las

[62] Sin embargo, claramente diferenciados por SPANNOWSKY, *Verträge und Absprachen*, pp. 84 ss. y 122 ss.

[63] En este mismo sentido, *vid.* SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 124 y 125.

[64] Por ejemplo, en el § 28, párrafo 2, frase 1.ª, del Código Urbanístico (BauGB): Ejercicio del derecho de tanteo por la Administración local a través de acto administrativo; § 2, párrafo 3, segunda parte, de la frase del Código Urbanístico: Prohibición de fundamentar mediante contrato un derecho a la instauración de planes generales de ordenación urbana.

* *N. del T.:* El autor cuando se refiere al bloqueo de ciertos efectos está diciendo que si una determinada actuación de la Administración tiene que ejecutarse mediante, por ejemplo, acto administrativo, aquélla queda vinculada a la forma procedimental correspondiente, con lo que queda bloqueada la utilización de cualquier otro medio administrativo de ejecución (por ejemplo, el contrato administrativo).

formas jurídicas. A través de la técnica del bloqueo de efectos debe llegarse a una utilización de las formas jurídicas que combine adecuadamente la eficacia de la Administración y la protección de los intereses de los particulares.

37. En el marco de estos presupuestos tiene la Administración un poder discrecional en la elección de las formas de actuación [65]. Esa discrecionalidad no significa libertad, del mismo modo que no hay un principio que obligue a utilizar precisamente la figura jurídica que proporcione el máximo de tutela judicial. Más bien la discrecionalidad debe tener en cuenta los criterios de actuación del § 10 Ley Federal del Procedimiento Administrativo (VwVfG) *. Esto es válido también para la relación recíproca del acto y contrato administrativo: Ni se puede decir que la Administración, en base al principio de proporcionalidad, esté obligada por principio a proponer una normativa en forma de contrato, ni tampoco tiene el acto administrativo primacía como instrumento de regulación unilateral. El § 54, apartado segundo, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ** (VwVfG) parte más bien de que ambos medios de configuración tienen que poder ser utilizados de manera intercambiable [66].

c) Estabilidad y flexibilidad de la teoría de las formas de actuación administrativa

38. Las formas de actuación jurídico-administrativa exigen un determinado grado de estabilidad. La estabilidad es necesaria para que las construcciones dogmáticas tengan una mínima fiabilidad, algo imprescindible si se quiere que la teoría de las formas jurídicas cumpla su función de almacenamiento. Con todo, se trata en todo caso de una estabilidad relativa. Jurisprudencia y doctrina revisan siempre de nuevo, si las consecuencias jurídicas vinculadas con las respectivas formas de actuación continúan siendo adecuadas respecto al contenido de las normas, o si deben introducirse nuevas distinciones o modificarlas. Que ya este continuo control de adecuación debe conducir a la formación de nuevas estructuras de regulación, lo muestra, por

[65] Sobre el tema con explicaciones *vid.* J. BURMEISTER, *VVDStRL*, vol. 52, p. 190 (207 ss.).

* *N. del T.:* § 10 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG): «*Informalidad del procedimiento administrativo.* El procedimiento administrativo no está obligado a la utilización de determinadas formas, a no ser que existan preceptos especiales que establezcan una forma de procedimiento. Debe tramitarse (el procedimiento) de manera efectiva y rápida».

** *N. del T.:* § 54, frase segunda, Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG): «Especialmente pueden las autoridades administrativas, en lugar de dictar un acto administrativo, concertar un contrato administrativo, con aquellos a los que en principio se dirigiría el acto administrativo».

[66] KUNIG, *DVBl*, 1992, p. 1193 (1195 ss.); SCHULZE-FIELITZ, *DVBl*, 1994, p. 657 (663); de manera diversa sobre el tema *vid.* SPANNOWSKY, *Verträge und Absprachen*, pp. 144 ss.

ejemplo, la teoría de los vicios en las ordenanzas locales, teoría que ha trasformado de manera permanente el dogma de la nulidad de pleno derecho como sanción aplicable a las disposiciones normativas (contrarias a derecho) [67].

Los cambios pueden ser causados no sólo por las necesidades de flexibilidad que exige la práctica, sino también a través de las exigencias de nuevos marcos jurídicos. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga a renunciar (parcialmente) o a replantear la figura de las disposiciones administrativas dirigidas a concretar o desarrollar normas jurídicas (*vid.* 6/76) *. También esta clase de transformaciones puede integrarse en los cauces de adaptación que abre la teoría de las formas jurídicas. Mayores desafíos, sin embargo, se infieren, cuando nuevas acciones prácticas con una fuerte dinámica propia exigen reconocimiento jurídico. Es lo que ha ocurrido recientemente con la acción administrativa informal (*vid.* 6/65-73). Aquí se produce un enfrentamiento entre las ideas fuerza de las formas de la acción administrativa y de las formas jurídicas, orientadas las primeras a la eficacia y a la adaptación a las tareas administrativas, y las segundas a la racionalidad en el sentido del Estado de Derecho, enfrentamiento que exige la intervención de la teoría de las formas jurídicas en su función ordenadora [68].

2. *Objeto y finalidades de la teoría de la relación jurídica administrativa*

39. La teoría de la relación jurídica administrativa abre un segundo acceso a la formación como sistema del Derecho administrativo [69]. De la misma manera que la teoría de las formas de actuación administrativa pretende la teoría de la relación jurídica administrativa la estructuración de la multiplicidad de los procesos práctico-existenciales a través de la concentración sobre determinados elementos. «De la

[67] Sobre el tema, MORLOK, *Folgen von Verfahrensfehlern*, en diversos pasajes.

* Las disposiciones a las que se hace referencia en el texto *(Verwaltungsvorschriften)* son una especie de circulares, es decir, no son normas jurídicas en sentido estricto, sino que su eficacia es meramente interna. La transformación a que se refiere el texto consiste en que el TJCE ha establecido, en diversas sentencias relacionadas sobre todo con la incorporación al Derecho alemán de las Directivas sobre contratos públicos y también ambientales, que la aprobación de esta clase de disposiciones no es suficiente para que el Estado cumpla su obligación de incorporar la Directiva, puesto que, al no ser normas jurídicas en sentido estricto, no otorgan derechos subjetivos a los particulares.

[68] Sobre el tema, con amplia perspectiva, *vid.* PITSCHAS, en BLÜMEL y PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrecht*, pp. 229 ss.

[69] Sobre el tema, RUPP, *Grundfragen*, pp. 15 ss.; ACHTERBERG, *Rechtstheorie*, 1978, pp. 385 ss.; HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 271 ss.; SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshadeln*, pp. 203 ss. Sobre las bases teóricas, *vid.* GRÖSCHNER, *Überwachungsrechtsverhältnis*, pp. 67 ss.

realidad continua e indivisa de las relaciones vitales se entresacará una parte para ser objeto de reflexión jurídica» [70]. A diferencia de la teoría de las formas de actuación administrativa, esta teoría no toma como objeto de análisis las decisiones, sino las relaciones de los actores entre sí y las regula como relaciones jurídicas (*vid.* 1/22-26). Mientras la teoría de las formas de actuación administrativa se preocupa sobre todo por los resultados, la teoría de las relaciones administrativas piensa está determinada por las distintas situaciones.

40. Desde una perspectiva histórico-dogmática el pensar en relaciones jurídico-administrativas no representa ningún nuevo saber para el Derecho administrativo. Ya la antigua teoría del Estado de Derecho recurrió a ella para ordenar recíprocamente los derechos y obligaciones jurídico-administrativos [71]. La doctrina científica sitúa las relaciones de Derecho administrativo al lado de la teoría de las formas de actuación jurídicas [72]. Por lo tanto, no se deberían acentuar sus discordancias ni iniciar un conflicto entre la teoría de las formas de actuación jurídica y la de las relaciones jurídicas. Hoy en día, se ha perdido la esperanza de haber encontrado con la (teoría) de la relación jurídica administrativa un nuevo "principio de Arquímedes", que sirviese para la formación como sistema del Derecho administrativo [73]; pero el intenso trabajo con esa teoría ha servido para comprender mejor el aspecto comunicativo del sistema de la acción administrativa [74]. La teoría de la relación jurídico-administrativa y la de las formas de actuación jurídico-administrativa se complementan [75]. En particular, puede decirse que la teoría de la relación jurídico-administrativa cumple en el sistema de la acción de la Administración una función heurística, una función estructuradora y una función dogmática.

a) La función heurística

41. La relación jurídico-administrativa sirve como modelo de ordenación en primer lugar para analizar los procesos de comunicación típicos entre Administración y ciudadano o entre órganos administra-

[70] MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 9, núm. marg. 54.

[71] Cfr. FLEINER, *Institutionen*, pp. 141 ss.; JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, pp. 191 ss.; sobre el desarrollo del tema, *vid.* GROSCHNER, *DV*, 1997, p. 301 (310 ss.).

[72] ERICHSEN, en ídem, *Verwaltungsrecht*, § 11; BULL, *Verwaltungsrecht*, pp. 284 ss.; cfr. también STELKENS, BONK y SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 9, núms. margs. 5 y ss.; sólo en relación con los derechos subjetivos, *vid.* MAURER, *Verwaltungsrecht*, § 8, núms. margs. 16 y ss.; WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 32, núms. margs. 35 y ss.

[73] ERICHSEN, en ídem, *Verwaltungsrecht*, Capítulo 11, núm. marg. 7; DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 9.

[74] Cfr. GRÖSCHNER, *DV*, 1997, p. 301 (337).

[75] En el mismo sentido llega a esa conclusión BAUER, *DV*, 1992, p. 301 (315 y 316); PAULY, en BECKER-SCHWARZE, KÖCK, KUPKA y V. SCHWANENFLÜGEL, *Wandel der Handlungsformen*, p. 25 (40); V. DANWITZ, *DV*, 1997, p. 339 (344).

tivos, y para comprender sus propias peculiaridades y sus necesidades de regulación, y para estructurar las situaciones que se repiten con más frecuencia, sirviéndose del material normativo ya existente [76]. Al utilizar la relación jurídica como perspectiva desde la que analizar la realidad jurídica permite tener en cuenta todos los elementos presentes. Las relaciones jurídicas se basan en una vinculación de derechos y obligaciones, cuya reciprocidad y conexión deben ser acentuadas. La relación jurídico-administrativa pone de relieve el carácter relativo de las imputaciones y conexiones jurídicas. En este sentido permite un análisis diferenciado de las relaciones dentro de la propia Administración. El concepto de relación jurídica hace que tengamos en cuenta las estructuras materiales o fácticas que influyen en las normas jurídicas. De esta manera las especialidades (circunstancias especiales) se pueden percibir más claramente y darles una solución conveniente desde un punto de vista estructural. Finalmente, la relación jurídica sirve para destacar, frente a la visión estática que es característica de figuras jurídicas como el estatus o la intervención en una situación jurídica, la apertura de las situaciones jurídicas al cambio, lo que permite valorar mejor la dimensión temporal.

b) La función estructuradora

42. Junto al análisis realizado debe abordarse la clasificación de las relaciones jurídico-administrativas, configuradas de distinta manera, en círculos jurídicos determinados, y la construcción de un ordenamiento jerarquizado de relaciones jurídico-administrativas. Lo provechoso de este enfoque lo ha demostrado Norbert ACHTERBERG referido al Derecho administrativo de la organización y los ámbitos próximos del Derecho de inspección y funcionarial [77]. Él diferencia las relaciones jurídico-administrativas entre organización y miembro de la organización, entre organizaciones interrelacionadas, organización y órgano, organismos y órgano, así como entre organización y la persona a cargo del órgano, órgano y persona a cargo del órgano. Este enfoque se extiende más allá del Derecho de la organización clásico, abriéndose a nuevas situaciones en las que colaboran la Administración y los poderes sociales y grupos.

Al distinguirse los diversos niveles de relaciones jurídicas se plantea el problema de cómo se deben relacionar entre sí estos distintos círculos jurídicos [78]. No se debe integrar precipitadamente unos círculos dentro

[76] Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *DVBl*, 1989, p. 533 (539 y 540); SCHOCH, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 199 (212 y 213); V. DANWITZ, *DV*, 1997, p. 339 (347 ss.).

[77] ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 20, núms. margs. 34 y ss.

[78] Sobre el tema básicamente, RUPP, *Grundfragen*, pp. 15 ss.

de otros. Pero tampoco se mantienen totalmente separados. De este modo, al construir un sistema a partir de las relaciones jurídicas se pueden observar los distintos entrecruzamientos y tránsitos entre ambos y subrayar las diferencias, especialmente en el orden de los principios, entre unos y otros. Así es más fácil explicar la existencia de distintos criterios para determinar la ilegalidad de un acto. No existe, por otro lado, un dualismo estricto entre el Derecho interno y el Derecho externo, sino que en la zona intermedia se pueden detectar varios círculos jurídicos, de modo que puede hablarse más bien de una gradación.

c) La función dogmática

43. Es problemática la cuestión de hasta qué punto las relación jurídico-administrativa puede utilizarse además como categoría dogmática, de tal manera que desde el propio concepto puedan extraerse consecuencias normativas [79]. En este contexto hay que ser precavido: Contenido dogmático tiene la relación jurídico-administrativa sobre todo en los ámbitos particulares del Derecho administrativo especial. Éste ha sido conformado a través de las disposiciones legales correspondientes a las relaciones jurídico-administrativas sobre subvenciones, utilización de servicios públicos *, sometimiento a la actividad administrativa inspectora o funcionarios, y asimismo en las relaciones jurídico-administrativas sociales [§§ 30-67 Código social-Parte general (SGB-AT)] o de deudas tributarias [§§ 37-50 de la Ley Tributaria Federal (AO)] **. En la aplicación de estas normas y en particular en la interpretación y a la hora de colmar lagunas, se puede utilizar el concepto de relación jurídica, para subrayar en la argumentación jurídica la relación funcional y la reciprocidad entre las distintas normas y situaciones jurídicas. En ciertos casos, el concepto de relación jurídica puede servir también para demostrar que una determinada disposición no

[79] Sobre el tema, BAUER, *DV*, 1992, p. 301 (319 ss.); SCHOCH, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 199, especialmente 211 ss., 218 ss. y 240 ss.); SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 205 ss.; GROSCHNER, *DV*, 1997, p. 301 (302 ss. y 319 ss.).

* *N. del T.*: Se traduce como "utilización de servicios públicos" el concepto de *Anstaltnutzungsrecht*, que literalmente sería "el derecho de la utilización de instituciones". Es sabido que el concepto de *service public* no tiene una correspondencia exacta en el Derecho alemán. De todas formas, el *Anstaltnutzungsrecht* hace referencia a la regulación jurídica del modo en que los particulares utilizan los servicios que les proporcionan las instituciones públicas, lo que nos remite más a la idea del servicio público (derechos del usuario, etc.) que a los problemas organizativos de las propias instituciones como entes instrumentales.

** *N. del T.*: El *Sozialgesetzbuch-Allgemeiner Teil*, cuya traducción sería "Código social-Parte General", es aquella parte del Código social, que es la Ley que regula las prestaciones sociales, en la que se estudian las cuestiones generales de la relación jurídica que se establece entre la Administración y el perceptor. La *Abgabenordnung* es la Ley general que regula el sistema tributario. Su función es similar a la que cumple la Ley General Tributaria en el Derecho español.

sólo obliga a la Administració,n sino que crea derechos subjetivos a favor de terceros * [80]. Del mismo modo, la idea de relación jurídica permite saber cuándo un órgano puede demandar judicialmente a otro órgano de la Administración, contribuyendo así a la interpretación de los preceptos correspondientes del Derecho local o universitario (*vid.* 4/75).

44. Sin embargo, para poder utilizar la figura de la relación jurídica en la Parte general del Derecho administrativo y dotarla de un contenido normativo hay que ir poco a poco, porque la idea de relación jurídica en sí misma y desde un punto de vista abstracto y general es demasiado vaga. Por lo tanto, se debe concretar el concepto de relación jurídica en conceptos más específicos a medio camino entre lo particular y lo general, y dotados de contenido normativo, como ocurre con el concepto de relación jurídica de tracto sucesivo, que sirve para desarrollar la mutabilidad de la relación jurídica a lo largo del tiempo. Con la ayuda de este concepto pueden abordarse jurídicamente, por ejemplo, los problemas que plantean las necesidades de adaptación frente a posiciones jurídicas protegidas por un acto firme. Así se ha procedido al confrontar la teoría del acto administrativo con la doctrina de la relación jurídico-administrativa [81]. En el Derecho del procedimiento administrativo, la idea de relación jurídica sirve para relacionar entre sí las diferentes partes del procedimiento y sirve también —especialmente en los procedimientos triangulares o multilaterales— para, yendo más allá del tenor de los distintos preceptos sobre el procedimiento, fundamentar derechos y obligaciones accesorias dentro del procedimiento (*vid.* 6/119-121). La relación de participación acentúa los mecanismos de equilibrio privado entre los participantes [82]. De todas formas, estos mecanismos sólo pueden funcionar donde existe un área de contacto efectivo entre las partes, como ocurre en la aplicación de las normas y en los procedimientos de ejecución (*vid.* 3/34). Por contra, es mucho más difícil aplicar la idea de relación jurídica

* *N. del T.:* Aquí el autor plantea uno de los temas capitales de la dogmática del Derecho público alemán hasta nuestros días, el concepto de Derecho público subjetivo. Como la legitimación procesal está limitada, salvo excepciones, a los titulares de derechos subjetivos, y no se extiende a los simples interesados, es decir, a quienes resultan favorecidos por la aplicación de una norma jurídico-pública, es necesario investigar en cada caso si la norma cuya aplicación se solicita es una norma que crea derechos subjetivos a favor del particular demandante (en cuyo caso éste se encuentra legitimado y el Tribunal tiene que pronunciarse sobre el fondo del asunto), o sólo pretende imponer obligaciones a la Administración, en cuyo caso su incumplimiento dará lugar a otro tipo de reacciones jurídicas pero no puede ser reclamado judicialmente por un ciudadano.

[80] Sobre el tema, BAUER, *AöR*, 1988, p. 582 (610 ss.).

[81] SCHOCH, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 199 (211 ss.)

[82] Sobre el tema, SCHMITT GLAESER, en LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren*, p. 35 (84 ss.).

a los procedimientos de producción de normas y de planes administrativos.

B. ANTIGUOS Y NUEVOS PROBLEMAS DE LA TEORÍA DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

45. La teoría de las formas de actuación jurídico-administrativas refleja hoy en día de manera clara los cambios de la práctica de la acción administrativa. Las tradicionales formas de actuación jurídico-administrativas son instrumentos que sirven, fundamentalmente, para la actividad administrativa que consiste en una intervención directa y reguladora [83]. Sin embargo, la cuestión es si estas formas jurídicas, en su configuración tradicional, más bien estática, son lo suficientemente elásticas para encauzar las nuevas formas de intervención administrativa y de comunicación entre la Administración y los particulares. Asimismo, hay que preguntarse si se mantendrán firmes las líneas básicas de orientación del Derecho administrativo, Parte general, a la vista de la profusión creativa de la práctica de la ley y la Administración, como se evidencia de manera clara en los ámbitos de referencia. En este punto son especialmente importantes para el Derecho administrativo el conocimiento de las investigaciones de las ciencias sociales sobre las técnicas de dirección y de ejecución.

Los grandes desafíos son la *cooperación* y la *informalidad*. Ninguno de ellos es desconocido para la teoría tradicional de las formas jurídicas, como se pone de manifiesto en figuras como el contrato y la actuación material *. Ambos, sin embargo, en los últimos tiempos han llegado a tener eficacia con tal extensión e intensidad, que se ha hecho necesario un análisis más profundo. Ese nuevo análisis afecta a las formas de producción de resoluciones de casos concretos, pero también a la producción de normas. Habría que trabajar con un doble modelo para integrar en el sistema de acción del Derecho administrativo, punto por punto y de manera completa, la cooperación e informalidad con sus críticas así como fructíferas consecuencias. Sin embargo, las siguientes exposiciones presentan sólo algunos puntos centrales. Estas consideraciones se basan en la idea de que la vinculación a unas formas de actuación jurídica debe seguir siendo un pilar de la dogmática del Derecho administrativo. En todo caso, la teoría de las formas de actua-

[83] Sobre el tema, con amplia perspectiva, KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 3, § 59, núms. margs. 102 y ss.; KÖNIG y DOSE, en ídem, *Instrumente und Formen*, pp. 24 ss.

* *N. del T.:* Cuando el autor habla de "contrato", se refiere a lo que en Alemania se denomina "contrato de Derecho público", que es el contrato que tiene por objeto el ejercicio del poder de la Administración. La "actuación material" *(Realakt)* es la actuación administrativa distinta de los actos administrativos: por ejemplo, las informaciones dirigidas al público.

ción debe desarrollarse englobando los elementos de la teoría de la relación jurídico-administrativa y de la teoría del procedimiento administrativo. Aquélla debe también ocuparse con el tema de las conexiones entre las formas de actuación individuales para comprender los procedimientos complejos [84].

I. El acto administrativo: regulación unilateral

46. En el sistema de acción de la Administración le corresponde al instituto del acto administrativo en la actualidad y en el futuro un significado especial. «Sin su efecto estabilizador no puede salir adelante ninguna rama de la Administración, ni tampoco puede ningún campo del Derecho administrativo especial llegar a aplicarse efectivamente en la vida real» [85]. Esto puede aplicarse en los procedimientos del tráfico de masas de la Administración social y financiera. Pero también puede hacerse en las situaciones de regulación compleja del Derecho administrativo económico y del medio ambiente. Para el Derecho comunitario es el acto administrativo, según el tipo de regulación trascrito de la decisión conforme al art. 189, párrafo 4 *, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, expresión de la idea del efecto vinculante directo e inmediato del poder de la Comunidad. Precisamente a través de esta fórmula se abordan técnicamente los problemas que se plantean con aquellas medidas comunitarias que se dirigen a la vez a los Estados miembros y a los ciudadanos. Se comienza a desarrollar un "acto administrativo transnacional" sobre la base del principio de reconocimiento como un elemento clave de la cooperación horizontal entre las Administraciones de los Estados miembros (*vid.* 7/50).

1. *Regulación como asunción de responsabilidad*

47. El acto administrativo, en cuanto institución jurídica moldeada con exactitud desde el punto de vista dogmático, se caracteriza por la perfecta sistemática de sus efectos jurídicos. Incluso esto se manifiesta en sus funciones jurídico-procesales, ejecutivas, procedimentales

[84] Sobre el tema, Pitschas, en Blümel y Pitschas, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, pp. 229 ss.; Hill, *DVBl*, 1993, pp. 973 ss.; Di Fabio, *Risikoentscheidungen*, pp. 298 ss.; Ladeur, *VerwArch*, 1995, p. 511; Henneke, *DÖV*, 1997, pp. 768 ss.

[85] Schoch, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und Flexibilität*, p. 199 (206); como conclusión en este mismo sentido, *vid.* Erichsen, en ídem, *Verwaltungsrecht*, § 12, núms. margs. 5 y 6; Wolff, Bachof y Stober, *Verwaltungsrecht I*, § 45, núms. margs. 1 y ss.

* *N. del T.:* El art. 189.4 dice: «La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios».

y materiales. Pero no son estas consecuencias en particular lo esencial, sino el básico y específico *repartimiento de responsabilidad*. El acto administrativo es regulación, en el sentido de que, por un lado, constituye un ejercicio responsable del poder de configuración por parte de la Administración, y, por otro, proporciona a los ciudadanos una expectativa clara de lo que va a llevarse a cabo bajo la responsabilidad de la Administración. Así, el acto administrativo no constituye una manifestación de poder autoritario, sino que es una ayuda muy apreciable para las necesidades de la realidad práctica, como se ha puesto de manifiesto recientemente en las quejas que se han suscitado a raíz de la desregulación de las licencias urbanísticas * [86]. Precisamente en épocas en las que se producen continuos desplazamientos de los límites entre los ámbitos de responsabilidad de la sociedad y el Estado, el acto administrativo es un instrumento necesario para establecer puntos de referencia claros y seguros en los ámbitos en que se produce esa convergencia. «Regulación como asunción de responsabilidad» —en ello se encuentra el sentido propio de la figura del acto administrativo, que es fundamentalmente formal. Esto es lo específico de su tarea de capacidad directiva, y le asigna a él su papel especial en el ámbito de las formas de actuación jurídico-administrativa.

48. La *unilateralidad* de la capacidad regulativa del acto administrativo no es expresión de un estilo autoritario de la Administración. La crítica de que el acto administrativo no se acomoda a la imagen de una Administración que interviene cooperativamente no está justificada. El Derecho del procedimiento administrativo con sus exigencias de solicitud previa, trámite de audiencia y deber de motivación muestra que los actos administrativos son el resultado de un entrelazamiento de relaciones comunicativas, para el cual la relación jurídico-procedimental administrativa ofrece el marco jurídico adecuado. Ese entrelazamiento se mantiene también posteriormente, salvo en aquellos casos en que su eficacia se agota instantáneamente. Esto se pone de manifiesto en las licencias para actividades contaminantes, con sus cláusulas que prevén inspecciones periódicas así como la imposición de condiciones, y que, por lo tanto, crean una relación duradera entre la Administración y sus destinatarios. En algunas situaciones el acto y el contrato son equivalentes desde el punto de vista funcional.

* *N. del T.:* El autor se refiere a que, al eliminar el legislador el sometimiento a licencia administrativa previa de los actos de uso del suelo (que quedaban sometidos a un régimen de intervención más ligero, como la simple comunicación previa), se pierden también los efectos beneficiosos del acto administrativo, que consisten en la obtención de seguridad jurídica. Quien edifica al amparo de una licencia, aunque sea ilegal, disfruta de una posición jurídica más sólida que quien edifica simplemente al amparo de su propia afirmación de que el proyecto es conforme a la normativa urbanística.

[86] Cfr. Ortloff, *NVwZ*, 1995, pp. 112 ss., con el significativo título «La despedida de la licencia urbanística ¿comienzo de un construir acelerado?».

También los actos administrativos, y no sólo los contratos, sirven para dar cauce y forma jurídica a fenómenos de cooperación. Lo que ocurre es que lo hacen con sus características específicas, es decir, separando con claridad las esferas de responsabilidad.

49. El acto administrativo es una expresión de un modo de administrar autónomo y orientado a la ejecución de la ley (*vid.* 4/38-42). Esto no significa limitarse a los casos en que la ejecución de la ley se ajusta de manera más o menos perfecta al modelo de la subsunción. Al contrario, el acto administrativo es más bien el instrumento adecuado para el ejercicio de las habilitaciones que la Ley efectúa en favor de la Administración para que ésta contribuya a configurar la realidad. Esto se evidencia en la regulación de las situaciones de peligro cotidiano de las órdenes de policía. Mucho más claramente se muestra esa capacidad de configuración en otras decisiones como la aprobación de planes, las autorizaciones en materia de Derecho de la competencia, las subvenciones o las concesiones. El acto administrativo reduce la inseguridad y crea un supuesto al que pueden anudarse consecuencias jurídicas de forma sólida y segura (el acto administrativo como título jurídico, así como los efectos jurídicos de legalización, concentración y preclusión producidos por los actos administrativos). Su capacidad de « vincular resoluciones y constituir el punto de apoyo "en horizontal" para otras acciones, que no tienen que apoyarse nuevamente en la ley en todos sus puntos» [87], son especialmente importantes, allí donde la densidad normativa de la Ley es limitada y se han concedido amplias facultades de configuración a la Administración *. En este contexto existe la justificación para atribuir a los actos administrativos el carácter de fuente del derecho [88] **.

[87] LADEUR, *VerwArch*, 1995, p. 511 (527).

* *N. del T.:* Parece aconsejable introducir una pequeña explicación porque es posible que las ideas del autor, que son comunes y tradicionales en el Derecho alemán, no sean captadas fácilmente por el lector español no habituado a ellas. Y ello pese a que la realidad es la misma en el Derecho alemán que en el español (algo oscurecida, en éste, sin embargo, por el concepto amplio del acto administrativo que se sostiene usualmente por necesidades procesales). Lo que el autor quiere decir es que el acto administrativo, con su característica típica de firmeza o cosa juzgada administrativa, proporciona seguridad jurídica, no sólo en sí mismo considerado, es decir, en cuanto su parte dispositiva, una vez agotados los plazos de recurso, es inmutable salvo que sea nula de pleno derecho, sino también en aquellos casos en que el acto es presupuesto de otros actos futuros y los vincula al menos en parte, reduciendo así la incertidumbre y la inseguridad de los particulares.

[88] Sobre el tema, de manera sistemática, *vid.* SCHOCH, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilitäat*, p. 199 (233 ss.).

** *N. del T.:* El § 35 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «*Concepto del acto administrativo.* El acto administrativo es cada instrucción, resolución o cualquier otra medida de soberanía que una autoridad administrativa toma para la regulación de un caso individual en el ámbito del Derecho público y que es dictado hacia el exterior con efectos jurídicos directos. Instrucción general es un acto administrativo, que se dicta para un

50. Ocasionalmente se imputa al acto administrativo tener una especial inflexibilidad. Sin embargo, la simple lectura de los comentarios a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en lo relativo al "carácter regulador" como elemento de la definición legal del acto en el § 35, corrige esta percepción. El acto administrativo ofrece, tanto en los requisitos para su producción como en la regulación de sus efectos, considerables resquicios para introducir márgenes de flexibilidad [89]. Naturalmente, esa flexibilidad no significa que se puedan introducir modificaciones por cualquier causa. Dentro del marco institucional del acto administrativo, la flexibilidad es un valor complementario de la estabilidad. Esto es una ventaja, porque la flexibilidad está condicionada a ciertos umbrales en el respeto a determinados valores, y de esa manera está sometida a control. Así, la regulación vigente de la eficacia de los actos administrativos [que tiene como referencia el § 43 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo * (VwVfG)], y las doctrinas que limitan en especial la revisión de determinados tipos de actos favorables, constituyen una muestra de un sistema muy matizado de reacciones ante distintas necesidades de flexibilidad. El hecho de que una relación de tracto sucesivo fuese conforme a Derecho en el momento en que fue constituida no significa que sea legítima por tiempo indefinido. Pero tampoco puede ser suprimida a la vista de cada nueva causa o cambio de situación. Así, en el tratamiento jurídico-administrativo de las situaciones o actividades productoras de riesgos puede comprobarse cómo la adquisición progresiva y buscada de nuevos conocimientos por parte de la Administración y de los particulares presupone un marco jurídico. En este contexto el acto administrativo, con sus características formales bien definidas, puede ser más útil que la figura de la actuación material [90]. Una adaptación a esa necesidad de flexibilidad la ofrece el acto administrativo provisional [91]. Otra respuesta a esta necesidad de flexibilidad puede aportarla, por ejemplo en el ámbito de la autorización de actividades de producción contaminantes, del "acto administrativo marco" provisio-

círculo de personas determinadas o determinables según características generales o que concierne a las cualidades jurídico-públicas de una cosa o su utilización a través de la generalidad».

[89] SCHOCH, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 199 (231 ss.).

* *N. del T.:* Dice el § 43 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG): «*Eficacia del acto administrativo.* 1) Un acto administrativo es eficaz frente a aquellos a los que se dirige o son afectados por él a partir de la fecha en que es publicado. El acto administrativo es eficaz con el contenido conforme al cual es publicado.

2) Un acto administrastivo es eficaz en tanto y hasta que no sea retirado, revocado, ulteriormente anulado o cumplido por el transcurso del tiempo o de otra manera.

3) Un acto administrativo nulo carece de eficacia».

[90] Sobre el tema, LADEUR, *VerwArch*, 1995, p. 511 (521 ss.).

[91] SCHIMMELPFENNIG, *Vorläufige Verwaltungsakte*, especialmente pp. 85 ss.; además, KEMPER, *Vorläufiger Verwaltungakt*; LÜCKE, *Vorläufige Staatsakte*, especialmente pp. 139 ss.; DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 300 ss.

nal, que establece el objeto que se va a someter a prueba, así como obligaciones de autocontrol, vigilancia e investigación [92].

2. *Forma de regulación para las resoluciones administrativas complejas*

51. Una importante tarea de desarrollo de la teoría de las formas consiste en reforzar y extender la capacidad prestacional del acto administrativo para controlar las condiciones de resoluciones complejas. En estas situaciones caracterizadas por la gran complejidad de las decisiones que se tiene que adoptar, se elevan las necesidades de claridad, de separación de los distintos problemas y niveles en presencia y de estabilidad. Con el concepto analítico-descriptivo de la resolución administrativa compleja se puede comprender mejor situaciones complejas que, si se estudian aisladamente cada uno de sus componentes son muy difíciles de aprehender y de estructurar (*vid.* 3/84). Es cierto que el acto administrativo no es el único instrumento para hacerse cargo de tales condiciones de resolución. En algunos casos es recomendable la aprobación previa de un plan que proporcione una estructuración previa. Sin embargo, el acto administrativo es un instrumento recurrente y además adecuado, en vista de la especial necesidad de claridad y estabilidad que se da en esas situaciones.

52. Desde un punto de vista dogmático, esos nuevos desarrollos se integran en el concepto de acto administrativo a través de la interpretación de uno de los elementos de su definición legal (§ 35 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo *), el "carácter regulador". El análisis exacto de los efectos de regulación previstos y su ajuste con los efectos jurídicos del acto, determinados por las características dogmáticas de esta figura, y atendiendo al principio de adecuación, son la base para abrir nuevos campos al acto administrativo como instrumento de configuración. Con ello se propone la división del contenido de las resoluciones complejas bajo el punto de vista temporal, personal e instrumental, y diferenciar tres tipos de resoluciones con sus respectivas necesidades de formulación específica:

53. *Resoluciones secuenciales.* Estas resoluciones deben permitir adaptaciones, en especial ante nuevos conocimientos, pero garantizando a la vez la estabilidad de un esquema fijado desde un principio en sus líneas básicas. Por lo tanto, se debe regular de manera precisa el encaje de las nuevas resoluciones que se vayan adoptando en el marco fijado inicialmente. El proceso dogmático que lleva a esta figura

[92] Sobre el tema, LADEUR, *VerwArch*, 1995, p. 511 (528).

* *N. del T.:* Ese precepto ha sido ya anteriormente traducido.

puede seguirse con el ejemplo de la técnica de la *autorización parcial* * [93]. A partir de dos figuras jurídicas, el "pronunciamiento global positivo provisional" ** y el efecto de preclusión de los actos firmes, ha surgido una técnica jurídica con la que se pretende satisfacer la necesidad que surge de distintos intereses de articular decisiones administrativas por fases o niveles. Todavía quedan problemas que resolver para aplicar ese esquema de fases al procedimiento administrativo y al proceso judicial [94]. Para resolver esos problemas es necesario partir de los principios de justicia y de viabilidad o eficacia del procedimiento. En este sentido, la estratificación del procedimiento en distintas fases no puede servir para que a un sujeto se le impida alegar en una determinada fase cuestiones que no pudo conocer en fases anteriores. Sin embargo, tampoco hay que exagerar estas prevenciones contra la aplicación de la idea de preclusión. La estratificación del procedimiento se basa también en la idea del entrelazamiento.

54. *Resoluciones conexas que articulan un equilibrio entre distintos intereses:* El prototipo de estas resoluciones es el acto administrativo con doble efecto [95]. Esta clase de actos resuelven un conflicto entre intereses privados que concurren o están en colisión, en relaciones jurídico-administrativas triangulares o multipolares (*vid.* 3/85). Con el tiempo se ha formado una dogmática, ya fijada en sus rasgos esenciales,

* *N. del T.:* La autorización parcial consiste en que, cuando la Administración aún no dispone de todos los elementos para pronunciarse, en un sentido o en otro, sobre la totalidad de la actividad u objeto para el que se ha solicitado una autorización, se otorga una autorización relativa únicamente a aquella parte respecto a la que sí puede pronunciarse. H. MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 9.63a) pone el ejemplo de una solicitud de licencia urbanística para un edificio de varias plantas. Si la Administración no tiene claro si la segunda y superiores plantas son conformes con el planeamiento, puede autorizar la primera planta y dejar abierto el procedimiento para las demás.

[93] Basicamente, *BVerwGE*, 72, 300 (306 ss.); resumidamente con más aclaraciones, SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 504 ss.; SALIS, *Gestufte Verwaltungsverfahren*, pp. 294 ss.

** *N. del T.:* "Pronunciamiento global positivo provisional" es la traducción aproximada de *"vorläufiges positives Gesamturteil"*. Esta expresión tiene un significado técnico preciso en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones provisionales a que se refiere el texto. El núcleo de todas estas figuras consiste en que, antes de que se otorgue la autorización propiamente dicha, que exige la tramitación del procedimiento legalmente establecido (normalmente complejo y, por tanto, lento), se puede otorgar una autorización provisional, que exige un esfuerzo procedimental menor, y que, aunque contiene un juicio global autorizatorio (positivo) sobre el conjunto del proyecto, en realidad no ha analizado todos sus presupuestos legales (ésta es justamente su diferencia con la autorización propiamente dicha), de modo que, si bien vincula a la Administración respecto a los aspectos que ya han sido analizados y sobre los que se ha emitido un pronunciamiento favorable, es sólo provisional, porque puede ser revisada en el caso de que el análisis de los aspectos que no se estudiaron en la autorización provisional arroje un resultado negativo.

[94] Sobre el tema, SCHMIDT-ASSMANN, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Introducción, núms. margs. 201 y 202.

[95] Sobre su desarrollo *vid.* LAUBINGER, *Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*.

a propósito de la utilización de esta figura en el Derecho urbanístico y ambiental [96]. Una tarea pendiente para el futuro es hacer útil el acto administrativo también para regular determinadas situaciones de la Administración económica en las que deben adoptarse medidas de intervención del mercado para la tutela de determinados grupos de intereses, por ejemplo, para garantizar la seguridad del suministro o para proteger a los consumidores [97]. Esta función de equilibrio se pone de manifiesto en que las medidas aparecen formando un conjunto entrelazado del que no pueden extraerse ni examinarse aisladamente las distintas medidas favorables o desfavorables. La forma jurídica debe asegurar la eficacia de esta interdependencia. En ese conjunto tienen que integrarse, con más fuerza que hasta ahora, los resultados de las técnicas privadas de resolución de conflictos [98].

55. *Resoluciones con instrumentos coordinados:* Situaciones de regulación compleja a menudo no se consiguen resolver a través de la utilización de una única forma de resolución. Exigen más bien combinar diversas formas jurídicas en un trabajo de regulación. Esto es un aspecto parcial de la de otro modo también recomendada inclusión del acto administrativo en la teoría de la relación jurídico-administrativa [99]. Es conocida la utilización de esquemas jurídicos basados en la combinación de dos figuras jurídicas (acto y contrato) del derecho de las subvenciones y de la utilización de servicios públicos (*vid.* 6/22) *. Semejantes uniones pueden ofrecerse en una nueva ordenación de la contratación administrativa **. Una de las combinaciones que abre más

[96] Schmidt-Preuss, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 155 ss. y 499 ss.

[97] Sobre el estado actual de la cuestión cfr. Koenig, *Verteilungslenkung*, pp. 238 ss.; en este mismo trabajo en las pp. 99 ss. *vid.* lo referente a los antiguos modelos de resoluciones contractuales, por ejemplo concesiones y cupos, y la utilización del acto administrativo.

[98] Sobre el significado de los acuerdos para la sustitución de resoluciones autorizadas, *vid.* § 74, párrafo 7, núm. 2 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG). *N. del T.:* Ese precepto dice: «La verificación y autorización de planes no procede en los casos en que no tengan un significado relevante. Esto ocurre cuando los derechos de otros no son alterados o se alcanzan con los afectados por el plan acuerdos adecuados».

[99] Sobre el tema, Gröschner, *Überwachungsrechtsverhältnis*, especialmente pp. 145 ss.; más ampliamente sobre el tema, *vid.* Koenig, *Verteilungslenkung*, pp. 91 ss.

* El autor hace referencia aquí a la llamada *Zweistufenlehre* o "doctrina de los dos niveles", que guarda cierto parecido con la doctrina de los actos separables, aunque se aplica a otros campos. En esencia, se trata de explicar determinados fenómenos jurídicos como la subvención o la utilización de servicios públicos, como una combinación de un acto administrativo (el que otorga la subvención) y un contrato (el que articula la relación de préstamo sin intereses en que esa subvención consiste, por ejemplo).

** *N. del T.:* En efecto, hasta fechas muy recientes los contratos de la Administración (las "compras públicas", no los contratos sobre actos y potestades administrativas) se consideraban contratos de Derecho privado en su totalidad, sin "actos separables" sometidos al Derecho público, porque se entendía que las normas reguladoras del procedimiento de selección del contratista, cuyo contenido era, ya antes de la unificación por obra de las Directivas comunitarias, sustancialmente similar al español o al francés, no otorgaban derechos subjetivos a los particulares y, por lo tanto, no podían ser objeto de un proceso judicial por falta de legitimación de aquéllos.

posibilidades es la de unir un acto administrativo con un contrato a favor de terceros. En todos estos casos, la dogmática tiene que enfrentarse, en particular, al problema de los efectos de una figura en la otra, es decir, los efectos que la invalidez del acto administrativo puede producir en el contrato, o los efectos que pueden derivarse de incumplimientos u otras eventualidades del lado contractual.

II. El contrato administrativo: acción consensuada

56. Con el contrato administrativo se encara el tema del "Estado cooperativo" (1/45-49). Con ello debe, en primer lugar, recordarse que, algo de los que hoy se describe como expresión del administrar cooperativo, se refiere a procedimientos propios de los contactos cotidianos entre Administración y ciudadano, sobre los cuales dice acertadamente el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) [100]: «La necesidad de conversaciones entre Administración y ciudadano corresponde a la comprensión que tiene la Ley Fundamental de la posición del ciudadano dentro del Estado» (2/110). Esta perspectiva positiva no debería pasarse por alto respecto a las consideraciones, que se hacen valer frente a determinados fenómenos de la Administración cooperativa. Las conversaciones y consultas son desde hace mucho tiempo el marco en el que se produce la presentación de solicitudes en el Derecho social, la oferta de medios alternativos en el campo de las medidas de policía, así como muchas otras actuaciones del tráfico administrativo, y el Derecho administrativo debe tenerlas en cuenta en aspectos concretos, por ejemplo, para la responsabilidad administrativa en caso de que se proporcione información inadecuada, pero no a los efectos de formalizarlas con carácter general. La teoría de las formas jurídicas como la de las relaciones jurídicas y del procedimiento administrativo no están preparadas para hacerse cargo de las relaciones comunicativas entre Administración y ciudadano en todos los detalles o con una exigencia de totalidad lo más amplia posible. Por tanto, muchos procedimientos del administrar cooperativo deben permanecer al margen de la regulación jurídica, sin que al mismo tiempo tengan que ser sospechosos como "determinaciones anticipadas" o "creación de hechos consumados".

57. Las cosas son diferentes, allí donde los interesados buscan conseguir extensos efectos mediante acuerdos. Estos casos cualificados de administrar cooperativo se caracterizan en este contexto como

A medida en que las instituciones comunitarias han venido afirmando que ese esquema jurídico no es suficiente para dotar de fuerza jurídica a las Directivas, la idea de los "actos separables" se abre camino, de algún modo, en el Derecho alemán.

[100] *BVerfGE*, 45. 297 (335).

acción consensuada. En algunos casos, esos acuerdos se configuran conscientemente de manera que no lleguen al nivel de lo jurídicamente vinculante (6/70-73). Sin embargo, esa informalidad no puede predicarse de la totalidad ni de la mayor parte de la actuación administrativa informal. La consideración de la Administración cooperativa sólo como Administración informal constituye un reduccionismo. En amplios sectores, la cooperación se lleva a efecto mediante la utilización de una forma jurídica. Como consecuencia, las formas jurídicas y las regulaciones procedimentales dependientes de la forma jurídica configuran los primeros enfoques para proveer de estructuras jurídicas a los procedimientos del administrar cooperativo [101]. Junto a ello juega un cierto papel el acto administrativo necesitado de cooperación, especialmente en su forma cualificada como "acto administrativo necesitado de aceptación" [102]. Sin embargo, el *contrato administrativo* es la forma jurídica de la Administración cooperativa.

1. *La normalidad del contrato*

58. Damos aquí la denominación de contrato administrativo a todo contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública. Los contratos administrativos pueden tener naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada [103]. En todo caso, la Administración no celebra ninguno de ellos sobre la base de la autonomía privada. Ésta es una consecuencia de la separación fundamental de libertad y competencia para el Derecho administrativo, una separación que para nada ha cambiado por el hecho de que junto al modelo jerárquico tradicional se haya colocado, con indiscutida legitimidad, un modelo de actuación basado en la negociación: la Administración actúa sobre la base *de una competencia jurídicamente vinculante* tanto en el caso de conclusiones de contratos como en todas las demás posibilidades de actuación (*vid.* 1/26). Precisamente sobre esta base el contrato administrativo es un instituto que no está colocado por detrás en su dignidad desde el punto de vista del Estado de Derecho respecto al acto administrativo. La opinión de que el contrato administrativo sirve en la práctica frecuentemente para dar cobertura a situaciones ilegales no es defendible desde un examen de la realidad jurídica [104]. La Administración no está sometida a un principio de primacía del "decidir sobre el acordar" [105]. Incluso

[101] Sobre el tema, SCHULZE-FIELITZ, *DVBl*, 1994, p. 657 (660 ss.).

[102] Sobre el tema de manera sistemática, F. KIRCHHOF, *DVBl*, 1985, pp. 651 ss.

[103] Sobre las cuestiones que siguen, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN y KREBS, *Städtebauliche Verträge*, pp. 120 ss.

[104] En este sentido, la sólida investigación de MAURER y BARTSCHER, *Die Praxis des Verwaltungsvertrages*, pp. 145 y 146.

[105] De manera diferente en su planteamiento, KIRCHHOF, en *HStR*, vol. 3, § 59, núms. margs. 122 y ss., también 149 y ss.

el Derecho comunitario estrictamente vinculado desde un punto de vista competencial no se queda en las formas de actuación unilateral (art. 189 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), sino que reconoce expresamente los contratos jurídico-públicos y privados como medio de acción de la comunidad (cfr. art. 181 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) [106]. En el sistema de las formas jurídicas no ocupa el Derecho de la contratación administrativa ninguna posición excepcional. Pertenece más bien a la normalidad [107].

59. Cuando actúa en ejercicio de una potestad reglada, la Administración tiene que respetar, al concluir un contrato, todos los parámetros legales. La ley da al contrato marco y dirección. Aquélla no es sólo un límite, sino también determinante de la configuración del contrato. Por otro lado, el límite legal para los actos unilaterales no es necesariamente el límite de los contratos [108]. En este último caso los límites pueden ponerse con más libertad. Sin embargo, en algunos casos concretos una reserva de Ley institucional puede exigir que esos límites se hayan fijado previamente por ley (*vid.* 4/18-20). Pero por regla general no necesita la Administración para la conclusión de contratos ninguna base legal especial. Rige el principio de que *la configuración de los contratos está dirigida por la Ley* [109] *.

60. El principio de legalidad vincula de la misma manera los contratos públicos y privados de la Administración. El concepto de contrato administrativo es la pinza que une ambas clases de contratos y expresa esa común vinculación. Por otro lado, este principio jurídico deja los márgenes suficientes como para establecer exigencias jurídicas diferenciadas para cada grupo de contratos. Una estricta separación entre los contratos jurídico-públicos y privados se ha demostrado tan poco eficaz como la separación establecida en el § 54, punto 2, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo **, entre contratos

[106] Cfr. GRUNDWALD, *EuR*, 1984, pp. 227 ss.; BLECKMANN, *DVBl*, 1981, pp. 889 ss.; SPANNOWSKY, *Verträge und Absprachen*, pp. 490 ss.

[107] En su resultado en sentido análogo, KREBS, *VVDStRL*, vol. 52, p. 248 (253 ss.); BAUER, en *FS für Knöpfle*, pp. 11 ss. Sobre la historia dogmática del tema, *vid.* MAURER, *DVBl*, 1989, p. 798 (799 ss.). Sobre la práctica del Derecho de los riesgos de manera diferenciada, *vid.* DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 325 ss.

[108] Cfr. BVerwG, *NJW*, 1985, pp. 989 ss., y *BVerwGE*, 84, 236 (238); BAUER, en *FS für Knöpfle*, p. 11 (18 ss.).

[109] En este mismo sentido, también HIEN, en *FS für Schlichter*, p. 129 (137).

* *N. del T.*: El § 54, frase 2, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «Especialmente puede la autoridad administrativa, en lugar de autorizar un acto administrativo, concluir un contrato jurídico-público con aquellos, a los que esa autoridad podría dictar un acto administrativo» (Contrato de subordinación).

** *N. del T.*: El § 56 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: "*Contrato de intercambio*. 1. Un contrato jurídico-público en el sentido del § 54, frase 2, en el cual el interlocutor contractual se obliga a una contraprestación frente a la autoridad administrativa, tiene que concluirse cuando la contraprestación es acordada en el contrato con un objetivo determinado y sirve a la autoridad administrativa para el cumplimiento de su función

de coordinación y subordinación. Las necesidades específicas de regulación en los contratos de la Administración no se corresponden con estas distinciones, sino que las cruzan. En este sentido exigen, por ejemplo, los contratos jurídico-privados para la regulación de los efectos de las privatizaciones, con el fin de atender los intereses legítimos relacionados con el suministro de servicios y asimismo cumplir el deber de garantía del servicio que incumbe al Estado, de una ordenación jurídica esencialmente diferente de la simple que ofrece el contrato de costes consecutivos, el cual ha experimentado en el § 56 Ley Federal de Procedimiento Administrativo * el máximo de atención, es decir, una regulación legal específica **. La prohibición de acoplamiento recogida en ese precepto no es una característica exclusiva de los contratos de subordinación, sino una regulación básica para todo el Derecho contractual administrativo, que, sin embargo, debe plasmarse de diferente manera en situaciones contractuales distintas [110] ***.

2. *Clases de contratos y la práctica de las cláusulas*

61. Si el contrato es un fenómeno *normal* desde el punto de vista de la teoría de las formas jurídicas de la actuación administrativa, deben atenderse de manera específica sus necesidades de regulación. Por lo

pública. La contraprestación tiene que ser adecuada conforme a las enteras circunstancias, y encontrarse en una relación de hecho con la prestación contractual de la autoridad administrativa.

2. Si existiese un derecho a la prestación de la autoridad administrativa, entonces sólo puede acordarse una tal contraprestación, mediante expedición de un acto administrativo con el contenido de una disposición accesoria conforme al § 36 de esta misma ley».

* *N. del T.:* Cuando el autor dice que la formación de los contratos está *dirigida* por la Ley, quiere decir que no rige un modelo de reserva de ley o de vinculación positiva tan estricto que el contenido del contrato tenga que ser el fijado previamente por el legislador.

** *N. del T.:* El autor se refiere, de un lado, a contratos para la privatización de empresas públicas que venían operando en servicios públicos. Esos contratos son, en Derecho alemán, contratos privados, puesto que su objeto principal es la venta de un bien público (las acciones de esas sociedades) y no el ejercicio de una potestad administrativa. Sin embargo, esos contratos incluyen cláusulas que vinculan la actuación futura de la empresa privatizada y con las cuales el Estado interviene en el desarrollo de esos sectores estratégicos para garantizar una prestación adecuada del servicio. La función de esas cláusulas es similar al mecanismo establecido por el legislador español en la Ley 5/1995, sobre sometimiento a autorización administrativa de determinados acuerdos de empresas privatizadas, que articula la llamada *golden share*. Por otro lado, el *Folgekostenvertrag* o contrato sobre costes sucesivos es una figura típica del Derecho urbanístico que después reguló el legislador en el § 56 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en términos abstractos y, por tanto, válidos para cualquier sector, y mediante la cual, en términos muy sintéticos, la Administración condiciona una recalificación urbanística a la obtención de una contraprestación por parte del beneficiario de la misma, con la cual se atienden costes que la nueva urbanización impone a la Administración y que el propietario no está obligado a pagar según la legislación urbanística.

[110] En el mismo sentido, Spannowsky, *Verträge und Absprachen*, pp. 339 ss. y 359 ss. (para clases particulares de contratos).

*** La "prohibición de acoplamiento" *(Koppelungsverbot)* consiste en que la Administración no puede exigir contraprestaciones (es decir, un precio) por el ejercicio de sus potestades.

tanto, no es una forma correcta de construir el Derecho de los contratos administrativos la de aplicar a los contratos, allí donde sea posible, las normas relativas a los actos administrativos. Regulaciones y acuerdos ofrecen diferentes posibilidades de configuración, que adquieren importancia si son complementarias y no si se entienden como posibilidades de acción lo más cerca posible una de la otra. Las situaciones de configuración contractual deben concebirse, por ello, autónomamente en sus posibilidades y peligros, y ser abordadas por normas jurídicas que sean coherentes con la doble misión del Derecho administrativo, la de aportar límites pero también la de configurar procedimientos y técnicas que permitan una actuación eficaz.

62. Las posibilidades y los peligros del instrumento contractual se derivan de la *dinámica inherente* al propio contrato en cuanto búsqueda en común de un equilibrio entre distintos intereses. El hecho de que toda la atención se centre en la consecución de ese equilibrio permite obtener soluciones más ajustadas, lo que constituye una ventaja del contrato. La otra cara es que la concentración en ese objetivo lleva a eludir los límites impuestos desde fuera y a no tener en cuenta los intereses de terceros. De aquí se deriva el peligro de que la Administración se ate las manos de forma excesiva y se encuentre después con graves dificultades para poder reaccionar a circunstancias sobrevenidas *(pacta sunt servanda)*. Para hacerse cargo convenientemente de estos puntos de vista de la regulación de los contratos administrativos no bastan los preceptos contractuales generales del Derecho civil. Éstos pueden actuar como preceptos básicos, pero los contratos administrativos tienen que ser completados con una serie de preceptos especiales. Entre esas normas especiales ha de encontrarse una teoría específica de las nulidades, que reaccione con más energía que el Derecho privado frente a los intentos de desligarse del contrato. En este sentido puede ser considerada la dogmática [111] desarrollada para el § 59 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo * como modelo de regulación para la totalidad del Derecho contractual adminis-

[111] Sobre el tema detalladamente, Efstratiou, *Bestandskraft*, pp. 194 ss.

* *N. del T.:* El § 59 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: *"Nulidad del contrato jurídico-administrativo.* 1) Un contrato jurídico-administrativo es nulo cuando la nulidad resulte de la correspondiente aplicación de los preceptos del Codigo civil».

2) «Un contrato [según el § 54, frase 2] es más allá nulo, cuando:

1. Un acto administrativo con el mismo contenido fuese nulo;

2. Un acto administrativo *con el mismo* contenido no sólo fuese ilegal a consecuencia de un vicio en el procedimiento o en la forma según el § 46 y esto constase en el contrato concluido;

3. Las condiciones para la conclusión de un contrato de compromiso no se presentasen y un acto administrativo con el mismo contenido fuese ilegal no sólo a causa de sus vicios en el procedimiento y en la forma según el § 46;

4. Se ofrezca a la autoridad administrativa una contraprestación ilícita según el § 56;

3) Si afectase la nulidad sólo a una parte del contrato, todo él es en su totalidad nulo, a no ser que *se reconociese que aquél también sin la parte nula pudiese ser concluido*».

trativo. Lo mismo es válido para el derecho especial de resolución del contrato de la Administración conforme al § 60, párrafo 2, frase 2, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo [112] *. Respecto a la exigencia de forma escrita que establece el § 57 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo **, no puede considerársela como un elemento común a todos los contratos administrativos sin algunas matizaciones previas. La forma escrita protege frente a resoluciones demasiado apresuradas, asegura las pruebas y constituye un primer nivel de transparencia. En el caso de contratos complejos, que afectan la organización de las tareas públicas, por ejemplo, contratos entre la Administración y entidades privadas, debe pensarse para el futuro en ir más allá y establecer un deber general de publicación del contrato.

63. Por lo que respecta a la protección de los terceros, el § 58.1 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo *** es un primer acercamiento. Se basa en el principio de Derecho Privado de que los contratos no pueden perjudicar a terceros. Sin embargo, esto no es suficiente para abordar los problemas que plantean las situaciones caracterizadas por el entrecruzamiento de una pluralidad multilateral de intereses, situaciones que son, frecuentemente, objeto de contratos administrativos. En estos casos es necesario en primer lugar analizar los intereses en presencia, y esto incide en la necesidad de que el Derecho de los contratos administrativos se concentre en establecer una tipología basada en la realidad [113]. Esta tipología no puede contentarse con describir la utilización de los contratos en los distintos sectores de la Parte especial, sino que tiene que identificar estructuras contractuales comunes a varios sectores, por ejemplo, los contratos de concesión. También es necesario incluir en esa tipología los contratos dirigidos a la aprobación de normas, bien estatales o privadas, antes de que se les puedan imponer límites jurídicos eficaces. Una tarea especial es el análisis de contratos complejos y sistemas de negociación. A este tipo pertenecen los contratos a largo plazo y los contratos marco, que hoy en día, por ejemplo, acompañan los procedi-

[112] Cfr. Efstratiou, *Bestandskraft*, pp. 310 ss. Sobre los amplios derechos de intervención de la Administración en el contrato administrativo francés, en el mismo trabajo, pp. 278 ss. Sobre las al lado existentes accesibles alegaciones de las dos partes a la supresión de la base negocial, cfr. Lorenz, *DVBl*, 1997, pp. 865 ss.

* *N. del T.:* El § 60, párrafo 1, frase 2, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «La autoridad administrativa puede también denunciar el contrato para prevenir o eliminar graves perjuicios para el interés público».

** *N. del T.:* El § 57 de la Ley federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «*Forma escrita.* Un contrato jurídico-público debe ser concluido por escrito, en tanto no se establezca otra forma a través de disposiciones legales».

*** *N. del T.:* El § 58, párrafo 1, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «*Acuerdo entre terceros y autoridades administrativas.* 1) Un contrato jurídico-público, que interfiere en los derechos de un tercero, sólo tendrá válidez, si el tercero de manera escrita lo acuerda».

[113] Sobre el tema, Krebs, *VVDStRL*, vol. 52, p. 248 (277 ss.).

mientos de privatización y que de manera definitiva se han convertido en una forma habitual de estructurar las distintas fases y de ir limitando responsabilidades en el ámbito de la cooperación entre la Administración y el sector privado (3/88-91).

64. Un paso adelante en el desarrollo de una dogmática general del contrato administrativo es la formación de cláusulas típicas. La teoría del contrato de Derecho privado puede ser en este contexto un modelo. Las cláusulas son respuestas a los deseos de configuración y protección de intereses en situaciones concretas de regulación. Se pueden también formular para el Derecho contractual administrativo. Una "jurisprudencia cautelar contractual-administrativa" (Krebs) puede mostrar, por ejemplo, qué cláusulas sirven, en los contratos de privatización, para garantizar que la Administración pueda seguir interviniendo o para proporcionar un margen especial de flexibilidad [114]. Algunas Leyes contienen ejemplos en este sentido, por ejemplo, al fijar un contenido mínimo para determinados contratos [115]. Además, las cláusulas sirven en particular para imponer al contratista privado el sometimiento a preceptos legales que incumbían en principio a la Administración, así como para establecer obligaciones a cargo del contratista, como, por ejemplo, el deber de llevar a cabo la actividad autorizada en el contrato o deberes de información, así como también potestades de revisión, control y dirección en manos de la Administración [116]. Las cláusulas relativas al plazo del contrato y las que otorgan facultades de resolución dotan a la Administración de instrumentos para reaccionar ante nuevas situaciones, que van más allá de los que le otorga el § 60 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo *. La formación de clausulados típicos, sometidos a una constante revisión judicial, es la forma de actuación en el terreno del Derecho contractual

[114] Convincentemente sobre el tema, *vid.* Bauer, en *FS für Knöpfle*, p. 11 (22 ss.) con referencia a los importantes trabajos jurídico-contractuales de Henke, *Recht der Wirtschaftssubventionen;* del mismo autor, *JZ*, 1984, p. 441, y *DÖV*, 1985, pp. 41 ss.

[115] Por ejemplo, § 159, párrafo 2, del Código Urbanístico (BauGB), para el contrato del órgano de saneamiento; sobre el tema, Schmidt-Assmann y Krebs, *Städtebauliche Verträge*, pp. 101 ss.

[116] Cfr. Bauer, en *FS für Knöpfle*, p. 11 (23 ss.).

* *N. del T.:* El § 60 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «*Modificación y denuncia en casos especiales.* 1) Si las condiciones que han sido determinantes para la verificación del contenido del contrato han cambiado de manera tan esencial desde su conclusión que a una de las partes contratantes no se le puede exigir el mantenimiento de las estipulaciones originales del contrato, entonces puede exigir esa parte contratante una modificación del contenido del contrato a las condiciones ahora existentes, o denunciar el contrato si una modificación no es posible, o una parte contratante lo exige. La autoridad administrativa puede también denunciar el contrato para prevenir o eliminar graves perjuicios para el interés público.

2) La denuncia necesita la forma escrita, en tanto no se haya prescrito otra forma mediante una disposición legal. La denuncia debe motivarse».

más coherente con el principio de que la configuración del contrato tiene que estar dirigida por la Ley *.

III. El desafío de la acción informal de la Administración

65. La acción de la Administración no se ha efectuado de manera exclusiva dentro del camino canonizado de las formas jurídicas, ni se hará tampoco en el futuro. Junto a la acción con forma jurídica está la acción de la Administración material, que se realiza a través de acciones informales **, jurídicamente poco estructuradas y dirigidas prioritariamente a obtener efectos fácticos [117]. Esta actuación, sin embargo, no es jurídicamente libre, puesto que el art. 20, párrafo 3, de la GG *** tiene efectos en todas las actividades de la Administración sin mirar a su grado de formalización. Tienen que respetarse, en este contexto, la primacía de la ley, los principios de proporcionalidad o del igual tratamiento, las regulaciones elementales procedimentales de la imparcialidad y neutralidad y —conforme a su exacto contenido de gravamen (*vid.* 2/48-54)— la reserva de ley. Jurídicamente limitada, pero no sujeta a los presupuestos estructurales compactos de la teoría de las formas de actuación jurídico-administrativa, la actuación material es una especie de "moneda pequeña" en el tráfico administrativo, y también, a menudo, un ámbito más flexible al que puede recurrir la Administración. Con ello se abren unas posibilidades de acción sobre las que se decidirá prioritariamente según los puntos de vista de la viabilidad de su realización. La potestad administrativa de elegir entre los distintos medios jurídicos disponibles se aplica también a la posibilidad de optar entre una actuación informal o con arreglo a las formas jurídicas [118]. La acción de la Administración material no es frente a la acción con forma jurídica ninguna categoría con un rango menor. Las distintas clases de actuaciones que se pueden enumerar en este ámbito, con las actuaciones de preparación o de ejecución, las de divulgación y las prestaciones materiales son conocidas desde hace décadas sin que se haya manifestado la necesidad de formalizarlas completamente.

* *N. del T.:* Según hemos visto anteriormente, ese principio tiene un sentido muy claro, en cuanto se opone a una rígida vinculación positiva a la Ley, que consistiría en que la Administración sólo podría insertar en sus contratos las cláusulas expresamente previstas en un precepto legal.

** *N. del T.:* Acciones informales, conocidas en el Derecho alemán como *"Realakte"*, se llevan a cabo por medio de una actuación material (de hecho) de la Administración. Ejemplo de ello serían: informaciones, informes, avisos, el *riego* de una calle o el *conducir* un coche oficial.

[117] Sobre el tema, Erichsen, en ídem, *Verwaltungsrecht*, §§ 30-32; Maurer, *Verwaltungsrecht*, § 15; Wolff, Bachof y Stober, *Verwaltungsrecht I*, § 57.

*** *N. del T.:* Ese precepto ha sido traducido anteriormente.

[118] En detalle y diferenciadamente sobre el tema, *vid.* Spannowsky, *Verträge und Absprachen*, pp. 122 ss.

66. Al ocuparse de nuevos campos de referencia, en especial el Derecho ambiental, el Derecho administrativo [119], ha llamado la atención sobre una serie de fenómenos, para los cuales la normalidad descrita no se aplica sin más: se trata de la acción informal de la Administración. Ya el término mismo indica unas ciertas tensiones frente a la teoría de las formas de actuación, pues lo informal no es simplemente la acción que no se realiza en forma jurídica. La actuación informal es una especie dentro del género de la actuación no dotada de autoridad, una especie cuya ventaja práctica y cuyos riesgos para el Estado de Derecho estriban en que sus presupuestos y efectos se encuentran muy próximos a los de la actuación formal, pero en última instancia no se identifica con ella [120] *. La acción informal de la Administración es sensible en sus enfoques y sutil en sus efectos. Para una más exacta caracterización de este diagnóstico se utilizan en la doctrina debido a Eberhard Bohne los términos "alternatividad" en relación con el procedimiento juridificado y "relaciones de intercambio" entre participantes en la acción administrativa [121]. Hasta qué punto los dos términos tengan que presentarse juntos es cuestionado e incluso depende del ámbito más amplio o más estricto que se le quiera dar al concepto [122]. En todo caso, los dos términos representan diferentes desafíos para la teoría de las formas de actuación jurídico-administrativa. El hecho de la alternatividad aclara el problema básico (*vid.* 6/67-69). La idea de las relaciones de intercambio apunta a un problema necesitado de solución (*vid.* 6/70-72).

[119] Sobre el tema, casos, materiales y análisis *vid.* Dose, *Verhandelnde Verwaltung*, pp. 133 ss.

[120] En el mismo sentido, Brohm, *DVBl*, 1994, p. 133 (134): «En todas las acciones informales de la Administración es característico que ellas conscientemente no sean efectuadas en una forma jurídica prevista, porque se quiere evitar con ello las consecuencias jurídicas vinculantes».

* *N. del T.:* El autor contrapone aquí la actuación informal (la especie) y la actuación no imperativa o no dotada de autoridad (el género). Esta última *(schlichtes Verwaltungshandeln)* es la actuación "sencilla" o "simple", que sería la traducción literal del término, por oposición a la actuación dotada de autoridad, cuyos ejemplos más importantes serían los actos administrativos y los reglamentos. No se debe creer que esa actuación no dotada de autoridad se *identifique sin más* con la actuación material o técnica, por oposición a la actividad "jurídica". Gran parte de esa autoridad está compuesta igualmente por actos jurídicos (comunicaciones, por ejemplo), sólo que no tienen los efectos imperativos que son propios de los actos administrativos o los reglamentos).

[121] Bohne, en *HdUR*, vol. 1, columna 1046, con más aclaraciones. Sobre la conceptualización, *vid.*, además, Kippes, *Bargaining*, pp. 11 ss.

[122] Sobre la posición de la doctrina sobre ese tema, *vid.* Dreier, *StWuStPr*, 1993, pp. 647 (649 y 650). En parte se considera también la acción informal de la Administración sobre prevención de productos, recomendaciones y divulgaciones como acción informal de la Administración "unilateral" (Brohm, *DVBl*, 1994, pp. 133 ss.) o incluida como expresión de indirecta orientación del comportamiento (Wolff, Bachof y Stober, *Verwaltungsrecht I*, § 57, núms. margs. 5 y 6).

1. *Acción informal como acción alternativa*

67. La acción informal se define como "alternativa" porque busca conseguir en una determinada situación unos efectos que con una actuación formal se podría conseguir de manera más efectiva pero también con un mayor coste jurídico [123]. En este sentido, la ganancia en eficacia y el riesgo de fraude están muy próximos. El hecho de que la informalidad aumente la gama de instrumentos de la Administración y sus posibilidades de reacción no es razón suficiente para aprobarla. De la misma manera, tampoco se puede condenar sin más la actuación informal porque suponga un desvío respecto a los cauces jurídicamente formalizados. La rigidez de las formas jurídicas puede representar para todos los interesados bajo ciertas circunstancias incluso una carga, porque puede conducir a una confrontación que nadie desea. La secuencia que une la orden administrativa, el recurso administrativo, sus efectos suspensivos, la orden de ejecución inmediata y el recurso contencioso-administrativo dirigido a la anulación de la orden sólo es un ideal en la mente de los juristas *. En esa secuencia no se tienen en cuenta los "costes de comunicación" de todo el proceso.

68. Para la solución jurídica de la problemática de la alternatividad son válidas las siguientes líneas directrices: en virtud de las leyes no existe ningún deber de acción informal de la Administración. De manera especial no contiene el principio de proporcionalidad ninguna regla general para dar preferencia a una manera de acción informal frente a la acción formalizada obligada [124]. Y viceversa, el hecho de que el Derecho sirva para aportar cauces formales a los fenómenos y a las situaciones no implica una prohibición general de la actuación informal. La función básica de la teoría de las formas jurídicas es ofrecer un conjunto de instituciones bien definidas y delimitadas para que puedan ser utilizadas. La teoría de las formas jurídicas nunca ha llegado a establecer una reserva en el sentido de que sólo pueda actuarse a través de una de esas formas jurídicas [125]. Con todo, la función ordenadora que tiene esa teoría lleva a analizar los efectos positivos y negativos de la actuación informal tomando como referencia los intereses protegidos por la teoría de las formas jurídicas, intereses dirigidos tanto

[123] En el mismo sentido, Bohne, en *HdUR*, vol. 1, columna 1046 (1049).

* *N. del T.*: En Derecho alemán, los recursos suspenden con carácter general los efectos del acto impugnado, pero la Administración puede restaurar esos efectos, en algunos casos, adoptando una nueva decisión en este sentido, que es la orden de ejecución inmediata. Finalmente, son los Tribunales los que deciden si el acto recurrido debe suspenderse o no.

[124] Bohne, en *HdUR*, vol. 1, columna 1046 (1066 y 1067).

[125] De manera diferente sobre el tema, J. Burmeister, *VVDStRL*, vol. 52, p. 190 (230 ss.), sobre la base de la afirmación de que la protección jurídica individual es interés exclusivo de la formación dogmática del Derecho administrativo.

a la tutela de personas como a asegurar la efectividad de los actos. En casos individuales puede dar por resultado el deber de introducir las mismas exigencias para una determinada manera de comportamiento informal que hay que observar para la misma acción en forma jurídica. En algunos supuestos de actuación administrativa informal, la aplicación de requisitos de forma y procedimiento tradicionales puede llevar a la creación de una nueva forma jurídica, al menos en estado embrionario. Tal proceder puede plantearse allí donde las acciones informales en sus previsibles efectos prácticos se aproximan a una acción jurídicamente vinculante. Así, los *actos de información* están sometidos a determinadas reglas de procedimiento, como el deber de la Administración de investigar de oficio los elementos fácticos relevantes, o de dar audiencia a los interesados, que no los llegan a convertir en una forma jurídica perfectamente definida, pero sí en una figura jurídica de perfiles propios [126].

69. Una "formalización" total no es ni oportuna ni indispensable. Si las exigencias de formalización se impulsan demasiado, puede surgir el peligro, de que se formen bajo las formas establecidas prácticas apócrifas renovadas, cuyo único objetivo es el intento de huida. Por lo demás está sujeta la acción informal, como toda la acción material de la Administración, al principio de legalidad. Hasta qué punto tiene que existir para determinadas acciones una base legal, depende de la dogmática de la reserva de ley, especialmente de la teoría de las intervenciones indirectas en los derechos fundamentales y de la reserva institucional (*vid.* 2/47-54; 4/15-25). De esta manera son controlables los efectos de gravamen, que van más allá de lo pactado, tanto los que se refieren a terceros como a los propios sujetos que son partes del mismo.

2. *Acción informal-consensuada*

70. Las dificultades de solución jurídica aumentan, cuando aparece junto a la alternatividad la "relación de intercambio", y la acción informal se convierte en una acción informal-consensuada, como ocurre en las negociaciones preliminares, acuerdos y promesas de flexibilidad en ejecución o producción de normas [127]. Si el contrato for-

[126] Sobre el tema, Di Fabio, *Risikoentscheidungen*, pp. 395 ss., especialmente 438 ss. y 443. Sobre la tarea de garantizar la reserva de ley y el derecho de audiencia, *vid.* también Brohm, *DVBl*, 1994, p. 133 (135 ss.).

[127] Sobre el tema, Bohne, en *HdUR*, vol. 1, columna 1046 (1060 y ss.); Dreier, *StWuStPr*, 1993, p. 647 (652 ss.); además, Schulte, *Schlichtes Verwlatungshandeln*, pp. 40 ss.; Kunig y Rublack, *Jura* 1990, pp. 1 ss.; Grewlich, *DÖV*, 1998, pp. 54 ss. De este grupo de casos de manera clara hay que separar los acuerdos prestacionales, por ejemplo, entre Pleno del Ayuntamiento y la Administración de ese mismo Ayuntamiento en el marco de los nuevos modelos

malmente concluido encontró durante mucho tiempo en la teoría dificultades básicas, del mismo modo la doctrina ve potenciados los peligros de la vinculación a la ley, de la protección a terceros y del interés público, cuando los procesos de intercambio y acuerdo están incluso por debajo del umbral de lo jurídicamente vinculante [128]. Sin embargo, las investigaciones de las ciencias sociales ofrecen un panorama más matizado: confirman, de una parte, la tendencia de la Administración a cooperaciones selectivas, bilaterales [129]. Sin embargo, atestiguan igualmente que el Derecho, es decir, las normas en cada caso aplicables, se tienen muy en cuenta también en la actuación informal-consensual, pese a todas las dudas que se han planteado acerca de su eficacia. Las negociaciones se mueven "a la sombra del derecho" y no tratan de dejar de lado conscientemente los postulados y posiciones fijados por las normas [130]. De hecho, se encuentran prácticas y procedimientos informales que buscan con toda determinación soluciones consensuales que tengan en cuenta todos los intereses afectados. Por lo tanto, la reacción jurídica no puede ser únicamente de tipo limitativo o prohibitivo.

71. Los proyectos más costosos no empiezan de manera abrupta con una solicitud formal para que se inicie el procedimiento correspondiente, sino que van precedidos por tratos preliminares y negociaciones previas. El Tribunal Federal de lo contencioso-administrativo (BVerwG) ha reconocido esta situación en la sentencia "vidrio plano" *(Flachglas)* y con ello ha desarrollado un modelo basado en distintos niveles de formalización jurídica [131] *. El § 5 de la Ley sobre la Evaluación de Impacto Ambiental y el § 71c, párrafo 2, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ** han dado cabida a estas ideas.

de capacidad directiva (1/42), los cuales en la literatura científica han sido clasificados como *acción orgánica informal;* cfr. Pünder, *DÖV*, 1998, p. 63 (68).

[128] Agudamente, J. Burmeister, *VVDStRL*, vol. 52, p. 190 (241): en el límite de "la corrupción" la permanente disposición de la Administración a cerrar acuerdos.

[129] Sobre el tema con aclaraciones, J. P. Schneider, *JbNPÖ*, 1996, p. 82 (87 ss.).

[130] Dose, *Verhandelnde Verwaltung*, especialmente pp. 260 ss. y 423 ss.; también Kippes, *Bargaining*, pp. 243 ss.

[131] *BVerwGE*, 45, 309 (317 y ss.).

* *N. del T.:* Esta sentencia, que es capital en la formación de la dogmática alemana de los convenios urbanísticos y de los contratos sobre actos y potestades administrativas en general, estudia el problema de en qué medida la Administración puede obligarse contractualmente, antes de la tramitación de un procedimiento administrativo, a dictar un determinado acto al término de ese procedimiento, lo que supone, obviamente, predeterminar de antemano el resultado de ese procedimiento y de alguna manera falsearlo.

** Se traduce este último precepto para ilustrar al lector: «2) La autoridad administrativa autorizante somete a deliberación con el futuro solicitante, en tanto sea necesario, antes de la solicitud de autorización:

1. Qué aclaraciones y documentos tienen que ser aportados por él.
2. Qué controles técnicos en el procedimiento de autorización pueden aprobarse.
3. De qué manera la participación de terceros o del público puede actuar para dar vía libre al procedimiento de autorización.

Con ello se ha indicado un camino, que conduce no a una absoluta juridificación, sino a un concreto análisis de los posibles peligros para los principios del Estado de Derecho y a reacciones concretas del ordenamiento jurídico [132]. Este modelo de niveles para la calificación jurídica de la acción de la Administración informal-consensuada recurre a la teoría de la relación jurídico-administrativa y a elementos constructivos de la teoría de las formas y procedimientos. La teoría de las relaciones jurídico-administrativas ayuda para identificar con más exactitud las situaciones de peligro [133]. Parece que peligran ante todo los intereses de los terceros que no forman parte del acuerdo, que como vecinos, consumidores o concurrentes son afectados de hecho por los resultados de los acuerdos. Un medio importante de garantía es que se informe a tiempo a un círculo amplio de interesados. La acción informal no tiene por qué equivaler a una acción secreta. También es posible buscar fórmulas para ampliar las posibilidades de participación en la fase de las negociaciones previas. Junto a ello puede ser recomendable que esa participación se canalice a través de representantes, a diferencia de lo que ocurre en las fases de participación pública del procedimiento administrativo formal. En el mismo sentido, se puede pensar en incorporar a personas de especial confianza. La Administración debe tener un cierto margen de discrecionalidad en la elección de las técnicas que faciliten la participación.

72. Estos enfoques de regulación buscan ordenar la acción de la Administración informal-consensuada, para que pueda ser tolerada desde el Estado de Derecho. Desde una perspectiva a más largo plazo debe irse más allá de tal mínima adaptación hasta una positiva relación de la teoría de las formas con la acción de la Administración informal. En ese gran ámbito de fenómenos que reciben la calificación de informales se van formando prácticas típicas consensuales que se basan en convergencias y compensaciones y que van generando nuevas pautas de actuación [134]. La elaboración sistemática del Derecho administrativo debe integrar esos elementos de configuración. Integración no significa sometimiento integral a un proceso de formalización jurídica, pero sí adaptar el instrumentario jurídico para que tenga en cuenta las posibilidades de aligeramiento y flexibilidad que aportan esos arreglos informales [135]. Así, la alteración del reparto tradicional de papeles entre la Administración y el solicitante en aquellos procedimientos en que éste se encarga de la averiguación de los hechos relevantes durante

4. Si se debe presentar para que sea aclarado de antemano judicialmente las condiciones de hecho particulares de la autorización (procedimiento de prueba independiente)».

[132] Sobre lo que sigue *vid.* Dreier, *StWuStPr*, 1993, p. 647 (667 ss.).

[133] Henneke, *NuR*, 1991, p. 267 (274 y 275); Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, pp. 203 ss.; V. Danwitz, *DV*, 1997, p. 339 (358 y 359).

[134] Con amplia perspectiva sobr el tema, Kippes, *Bargaining*, pp. 161 ss. y 243 ss.

[135] J. P. Schneider, *VerwArch*, 1996, p. 38 (50 ss.).

la instrucción del procedimiento, y el papel de la Administración se reduce a comprobar y corregir sus eventuales insuficiencias, hacen que la Administración decida con más imparcialidad que si es ella quien soporta en exclusiva el peso de esa tarea [136] *.

73. Más claro se produce esto en la *mediación para la resolución de conflictos* [137]. Aquí se ha configurado un procedimiento informal para la resolución de conflictos de la manera más consensual posible bajo la dirección de una tercera persona neutral. Su objetivo consiste en que las partes formulen con claridad sus posiciones, analicen y descompongan los problemas, ideen fórmulas de compensación y alcancen autónomamente fórmulas de equilibrio de intereses, lo que presupone su disposición a dar una representación adecuada a los distintos intereses en presencia. Por lo tanto, la defensa de los propios intereses no debe reducirse a un escenario bilateral de negociación y compromiso. La mediación, en cuanto procedimiento informal más adecuado a la verdadera estructura de los intereses en presencia, puede llevar a la formulación de unas conclusiones aceptadas por todos, que se incorporen posteriormente al procedimiento administrativo formal, ciertamente no de forma automática y sin revisión, pero sí revestidas de una cierta presunción de acierto [138].

IV. La producción de normas administrativas y el planeamiento

74. La aprobación de normas y de planes son técnicas de intervención "mediata". Gracias a ellas, el proceso de aplicación de la Ley se divide en varios niveles y se hace más sistemático **. En aquellos

[136] Sobre el tema, J. P. SCHNEIDER, *Nachvollziehende Amtsermittlung*, especialmente pp. 126 ss.

* *N. del T.:* El autor se refiere aquí a la llamada *nachvollziehende Amtsermittlung*, que es una característica de algunos procedimientos del Derecho ambiental que consiste en que el principio general de que los procedimientos administrativos se instruyen de oficio, es decir, que la Administración es la encargada de recabar, a través en su caso de la realización de actividades probatorias, todos los elementos de juicio fácticos y jurídicos necesarios para adoptar la resolución final, se transforma y es el solicitante (de una autorización, por ejemplo) quien debe aportar esos elementos. La Administración no está vinculada, lógicamente, por la instrucción llevada a cabo por el particular, sino que puede completarla o corregirla.

[137] Sobre el tema, HOFFMANN-RIEM, *Konfliktmittler;* HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*; HOLZNAGEL, *Konfliktlösung durch Verhandlungen;* WEIDNER, en VAN DEN DAELE y NEIDHARDT, *Kommunikation und Entscheidung*, pp. 195 ss.; HOLZINGER, en el anterior citado, pp. 232 ss.; FIETKAU, en el anterior citado, pp. 275 ss.

[138] HOFFMANN-RIEM, *Konfliktmittler*, pp. 60 ss.: "Efecto con indicio del consenso".

** *N. del T.:* El autor compara la aplicación de la Ley a los casos concretos mediante el dictado de actos administrativos, con aquellos supuestos en que se interpone un reglamento entre la Ley y los actos de aplicación. El reglamento constituye una forma de intervención administrativa "mediata" en la medida en que no opera directamente sobre la realidad, sino que condiciona el contenido y la forma de producción de los actos que sí producirán efectos directos sobre los ciudadanos. Por otro lado, cuando la Ley se aplica con la intermediación

sectores en que la Ley tiene una densidad normativa escasa, las normas y planes administrativos permiten a la Administración establecer el programa que va a guiar su actividad. Además, son el lugar idóneo para articular fórmulas de cooperación entre la Administración y los particulares adaptadas a las características de cada sector. Las normas y planes administrativos tienen gran importancia en el Derecho ambiental y en la regulación de la industria y la tecnología, mientras que en otros campos objeto de estudio como la administración prestacional o la ayuda a la ciencia y la investigación, se consigue la misma función aplicando complejos mecanismos de negociación [139]. La teoría de las formas de actuación jurídico-administrativa no puede darse por satisfecha por ello con las formas del acto administrativo y el contrato administrativo. En realidad, no lo ha hecho nunca, pese a que el estrecho dualismo del § 9 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no ayuda a que se emprenda un esfuerzo de sistematización de otras formas jurídicas de actuación * [140]. Cooperación e informalidad representan también en este ámbito el más importante desafío (*vid.* 6/45). Con más fuerza que en relación con los actos administrativos y los contratos es perceptible la influencia del Derecho comunitario. En conjunto, estos instrumentos de tipo intermedio se caracterizan porque su núcleo formal está más protegido que en otros supuestos por elementos procedimentales.

1. *Producción de normas de la Administración*

75. Los reglamentos y las ordenanzas, que son las categorías más importantes de normas de producción administrativa, han visto reconocido de antiguo su puesto en el sistema de las formas jurídicas de actuación administrativa. Sus características externas, su relación con la ley y las cuestiones de su control judicial pueden ser consideradas por el momento como solucionadas, sin perjuicio de algunas cuestiones

de un reglamento, el proceso de aplicación gana un nivel más (Ley-reglamento-acto), y ese proceso se hace más sistemático porque se garantiza que todos los actos de ejecución van a ajustarse no sólo a la Ley, sino también a los parámetros que establezca el reglamento.

[139] En este mismo sentido, DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 299: reglamento, disposiciones administrativas con ámbito de capacidad directiva, conceptos del riesgo, determinaciones de modelos.

* *N. del T.:* El § 9 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) dice: «*Concepto del procedimiento administrativo.* El procedimiento administrativo en el sentido de esta Ley es la actividad, con efectos hacia el exterior, de la autoridad administrativa, actividad que se ordena al control de las condiciones, la preparación y la expedición de un acto administrativo o la conclusión de un contrato administrativo jurídico-público; aquél incluye la expedición de un acto administrativo o la conclusión de un contrato jurídico-público».

[140] Sobre el tema críticamente, PITSCHAS, en BLUMEL y PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrecht*, p. 229 (232).

concretas que son objeto de discusión [141]. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de los aspectos procedimentales. Todo indica que el hecho de que ambas figuras se hayan estudiado hasta ahora en la teoría de las fuentes del Derecho no ha ayudado precisamente al desarrollo de su vertiente procedimental, porque esa teoría no es sensible a la función de configuración política que es característica de ambas instituciones. Esto no quiere decir que en la Parte especial no haya preceptos que regulen el procedimiento de aprobación de los reglamentos y las ordenanzas. El Derecho local, el urbanístico y el ambiental (en particular en lo relativo a las actividades clasificadas) ofrecen ejemplos de elementos procedimentales particulares, entre otros la publicación de proyectos, audiencia de expertos y participación del público. En el futuro debe investigarse, hasta qué punto desde esas formas jurídicas puede desarrollarse un estándar procedimental que pueda ser aplicado con carácter general —distinguiendo en todo caso en función de los diversos tipos de reglamentos [142]—. Junto a ello pueden recogerse sugerencias de otros ordenamientos jurídicos [143], también del Derecho comunitario, que en el art. 190 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea * obliga a motivar los reglamentos y directivas sin hacer distinción ni excepción alguna. Entre esas normas procedimentales debe incluirse la obligación del órgano administrativo competente de revisar periódicamente las normas para comprobar si han quedado desfasadas y si siguen siendo necesarias. Dentro de este mismo sector se incluyen también normas que establezcan la pérdida de vigencia de la norma de forma automática por el transcurso de determinados plazos. Para las normas reglamentarias de mayor importancia se debería establecer un procedimiento formal, regulado legalmente y al que pudiera remitirse el legislador sectorial, como ocurre actualmente con el procedimiento administrativo formal y el procedimiento de aprobación de planes que se regulan en los §§ 63 y siguientes y 72 y siguientes. de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG). En ese procedimiento se debería definir con más precisión el papel del asesoramiento de expertos y el de los órganos colegiados formados por expertos.

76. Hasta ahora el gran grupo de las disposiciones administrativas internas no ha encontrado una forma unitaria **. Es difícil que esto

[141] Sobre el tema, Ossenbühl, en *HStR*, vol. 3, §§ 64, 66. Convincentemente en relación con su posición, Heintzen, *DV*, 1996, pp. 17 ss.

[142] Cfr., sobre el tema para el Derecho del medio ambiente. Código del medio ambiente-Parte General (proyecto). §§ 145 y ss. y la argumentación que allí aparece, pp. 460 ss.

[143] Sobre la situación jurídica en Canadá y en los Estados Unidos, cfr. Frankenberger, *Umweltschutz durch Rechtsverordnung*.

* *N. del T.:* El art. 190 dice: «Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado».

** *N. del T.:* En este epígrafe, el autor estudia lo que en Derecho alemán se conoce

cambie, a la vista de la diversidad de disposiciones administrativas, unas de carácter organizativo, otras fijando normas de comportamiento y otras ordenando las relaciones entre diversos órganos administrativos o dentro de un mismo órgano, y todo ello alrededor de la distinción, difícil de fijar, entre el aspecto externo y el interno de las relaciones jurídicas de Derecho administrativo [144]. Un punto especialmente disputado son los reglamentos administrativos que desarrollan o ejecutan normas jurídicas [145]. Después de su reconocimiento en la sentencia «Wyhl» del Tribunal Federal de lo contencioso-administrativo (BVerwG), se han reavivado las dudas debido a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30-5-1991 [146] *. Las disposiciones administrativas no son un instrumento adecuado para la transposición de Directivas comunitarias porque no se ha acreditado suficientemente que vinculen a terceros. El legislador alemán ha reaccionado ante esta jurisprudencia regulando mediante reglamentos los valores límite de emisiones contaminantes [147]. Aunque esa jurispru-

como *Verwaltungsvorschriften*, es decir, "disposiciones administrativas". Estas "disposiciones administrativas" (administrativas en cuanto a los órganos que las aprueban), que se corresponden básicamente con las circulares e instrucciones del Derecho español, no son normas jurídicas, no son reglamentos, sino que son disposiciones con las que los titulares de los órganos administrativos dirigen la actividad de los órganos inferiores. Por ello, las circulares o disposiciones administrativas no otorgan a los particulares derechos subjetivos exigibles judicialmente. Las circulares no siempre tienen por objeto materias organizativas, sino que pueden, por ejemplo, desarrollar una Ley o un reglamento, como se explica en el texto.

[144] Sobre la tipología de este tipo de normas, *vid.* Ossenbühl, en *HStR*, vol. 3, § 65, núms. margs. 14 y ss.

[145] Cfr. *BVerwGE*, 72, 300 (320); Gerhardt, *NJW*, 1989, pp. 2233 ss.; Erbguth, *DVBl*, 1989, pp. 473 ss.; Hill, *NVwZ*, 1989, pp. 401 ss.; Jachmann, *DV*, 1995, pp. 17 ss.; Di Fabio, *Risikoentscheidungen*, pp. 354 ss.

[146] STJCE, *Rec.*, 1991, p. 2567 (2601 ss.) y 2607 (2629 ss.); sobre el tema, V. Danwitz, *VerwArch*, 1993, pp. 73 ss.

* *N. del T.:* La Sentencia Wyhl, de 19 de diciembre de 1985, resuelve un recurso interpuesto contra una resolución por la que se autorizaba parcialmente la puesta en marcha de una central nuclear (Wyhl es el lugar en que estaba situada la central). Uno de los puntos discutidos en la sentencia era si la autorización administrtiva tenía que respetar los valores máximos de emisiones radiactivas fijados en una disposición administrativa (es decir, no en un reglamento). El Tribunal entendió que esos valores sí eran vinculantes porque la disposición administrativa tenía la función de desarrollar la Ley, añadiendo un contenido normativo innovador, y no sólo de interpretarla, que es lo propio de las circulares administrativas y que no vincula, naturalmente, a los Tribunales en la interpretación de la Ley. La sentencia comunitaria citada en el texto, como otras similares que se han dictado en los últimos años, declara que el Estado alemán incumplió el Derecho comunitario porque incorporó varias Directivas (referidas a la contaminación atmosférica, y en particular a los límites máximos admisibles de determinadas sustancias nocivas) a su Derecho interno volcando su contenido (los valores máximos de sustancias contaminantes) a una circular, y no a una Ley ni a un reglamento. El Tribunal entendió que esa incorporación es insuficiente porque la circular no otorga derechos subjetivos a los ciudadanos, de modo que éstos no pueden acudir a los Tribunales para exigir el cumplimiento de la circular (y, por tanto, en última instancia, de la Directiva).

[147] Cfr., entre otros, el reglamento sobre valores de inmisiones contaminantes —art. 22 del Reglamento de 22-10-1993 para la ejecución de la Ley federal de protección frente a las emisiones contaminantes (*BGBl*, I, p. 1819).

dencia sólo se refiere a la validez de las circulares como instrumento para la transposición del Derecho comunitario, debería suscitar un debate sobre si todavía tienen sentido circulares dirigidas al desarrollo o ejecución de preceptos legales o reglamentarios. Lo que está claro es que no pueden seguir utilizándose en esta discusión viejos argumentos como que las circulares son más fáciles de modificar y, por lo tanto, más flexibles. Sí es relevante el distinto grado de eficacia que despliegan los reglamentos y las circulares. El reglamento debe ser obedecido hasta su derogación. En cambio, la circular produce unos efectos más lábiles y en este sentido más fácilmente adaptables a la aparición, por ejemplo, de nuevos conocimientos, puesto que aunque debe ser obedecida como regla general, puede ser desplazada en casos excepcionales o si aparecen nuevas circunstancias [148]. Si por esta vía se encuentra un criterio funcional para repartir el campo entre los reglamentos y las circulares, todavía es necesario mejorar el régimen de las circulares ejecutivas (las que desarrollan normas legales o reglamentarias) en sus aspectos formales y procedimentales para que sea totalmente conforme con el principio de Estado de Derecho y para que sirvan como instrumento de transposición de las normas comunitarias [149]. Para ello es necesario, no sólo la publicación formal, que ya es usual hoy día, sino también el establecimiento de un procedimiento de aprobación suficientemente formalizado y la posibilidad de interponer contra ellas el recurso directo contra reglamentos que se regula en el § 47.1, número 2, de la Ley de la Jurisdicción Administrativa * (VwGO). Ese control judicial tendría una intensidad limitada debido al hecho de que se trata de circulares que desarrollan preceptos legales, es decir, que concretan conceptos legales indeterminados en ejercicio de una habilitación legal [150] **.

77. A medida que la doctrina se ha ido fijando más en los fenómenos de administración consensual, ha parado mientes en un territorio fronterizo en el que convergen actividades de producción normativa del Estado, por un lado, y de sujetos privados autónomos por otro [151]. Así, es constatable, en especial en el Derecho ambiental e industrial, una amplia gama de formas de cooperación, que van desde la inserción de expertos en el procedimiento de producción de normas estatales, hasta la creación de normas por parte de entidades asociativas privadas que después las someten a órganos estatales para su aprobación [152]. Las exigencias que impone la doctrina de las formas jurídicas de acción administrativa a esta clase de normas varían en función de su mayor o menor proximidad al Estado. Si las asociaciones que producen las normas están incluidas en el aparato estatal, se les deben aplicar las mismas exigencias que valen para la aprobación de reglamentos y circulares, es decir, el respeto al principio de legalidad, la exigencia de legitimación del órgano que las aprueba y los requisitos de transparencia y de imparcialidad del procedimiento. También es necesario que la responsabilidad final de la decisión se mantenga realmente en el órgano que tiene la competencia y la legitimación para ello, pese al importante papel asumido por los expertos [153]. La teoría de las formas de actuación tiene que ir más allá de este ámbito. Tiene que aplicarse también a otros fenómenos de producción normativa consensual que en principio radican en el ámbito privado, pero que a la vez no pueden considerarse como un asunto meramente privado, debido a la participación de representantes estatales en los órganos colegiados que aprueban estas normas y por la disposición manifestada por el Estado a incorporar al ordenamiento jurídico los resultados de ese proceso de producción normativa. Es el caso, por ejemplo, de los códigos de normalización de DIN. Las exigencias jurídicas basadas en el principio de Estado de Derecho no pueden aplicarse únicamente a la fase posterior de aprobación e incorporación oficiales de las reglas técnicas. El Estado tiene la responsabilidad de garantizar una adecuada legitimación en la producción de normas y eso exige actuar antes, en el procedimiento del que surgen esas reglas técnicas, garantizando que estén representados todos los intereses y también que el procedimiento sea transparente [154]. Es necesario crear un Derecho de los procedimientos privados y de las organizaciones privadas (*vid.* 5/54-57). Un tercer ámbito de aplicación de la producción de normas cooperativas

[148] Cfr. Codigo del medio ambiente-Parte General (proyecto), §§ 155 y 156, y la argumentación que allí aparece, pp. 478 ss.

[149] Sobre la cuestión, V. DANWITZ, *VerwArch*, 1993, p. 73 (90 ss.).

* *N. del T.*: El § 47 de la Ley de la Jurisdicción Administrativa regula el recurso directo contra reglamentos. Este recurso *no* puede interponerse contra cualquier reglamento, sino únicamente contra determinados planes urbanísticos (núm. 1 del § 47.1) y contra aquellos reglamentos *de los Länder* que éstos decidan (núm. 2 del § 47.2, citado en el texto).

[150] En este sentido, en principio, KREBS, *VerwArch*, 1979, p. 259 (269 ss.); además, BECKMANN, *DVBl*, 1987, p. 611 (616 ss.); GERHARDT, *NJW*, 1989, p. 2233 (2235 y 2236); JACHMANN, *DV*, 1995, p. 17 (29 y 30); DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, pp. 370 ss.

** *N. del T.*: Para el autor, ese control judicial de las circulares ha de ser un control limitado en cuanto al fondo del asunto, es decir, un control que lleve, en su caso, a la anulación de la circular, pero no (en principio, y siempre salvo excepciones) a que el Tribunal pueda decidir qué contenido debe tener la circular. Esto se deriva de la propia teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y del "halo de penumbra", teniendo en cuenta que en este caso es a la Administración a quien corresponde aplicar el concepto.

[151] Un ejemplo clásico es la declaración vinculante general de convenios colectivos según el § 5 de la Ley de Convenios Colectivos (TVG); sobre el tema, *BVerfGE*, 44, 322 (340 y ss.); *BVerwGE*, 80, 355 (357 y ss.).

[152] Sobre el tema, LAMB, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, pp. 71 ss.; también DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Anforderungen*, pp. 54 ss.; sobre la producción de normas como "oferta de interpretación autorregulativa", *vid.* SCHMIDT-PREUSS, *ZLR*, 1997, p. 249 (254 ss.).

[153] Cfr. en particular DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Anforderungen*, pp. 117 ss.

[154] Cfr. TRUTE, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, pp. 167, 198 y 199); del mismo autor, en SCHMIDT-ASSMANN y HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, p. 249 (288 ss.), además sobre la exposición del método procedimental de las normas de producción técnica según las reglas procedimentales propias de las normas de regulación técnicas, 820; *vid.* LAMB, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, pp. 75 ss.

es el establecimiento de estándares de comportamiento aplicables a determinadas actividades o profesiones. La problemática se ha planteado claramente en relación con las llamadas directrices profesionales de los médicos y abogados [155]. La Ley de Transplantes (TPG) acoge de nuevo esa problemática al referirse a las directrices, que deben reflejar "el estado de conocimientos de la ciencia médica". Pero el problema va más allá y afecta igualmente a las reglas de "una buena práctica de laboratorio", o "una buena práctica científica", que se aplican en el Derecho industrial o el de la investigación y que sirven para otorgar a los círculos interesados un limitado ámbito de autorregulación. Los problemas jurídicos que se plantean se refieren al grado de precisión exigible a las cláusulas legales que incorporan al ordenamiento jurídico esas reglas, a la necesidad de que esos estándares sean enumerados y fijados en un texto normativo y a los instrumentos que se podrían utilizar para lograr este objetivo. El legislador no desconoce la necesidad de garantizar que en el procedimiento de aprobación y fijación de esos estándares se dé una representación adecuada de los intereses en presencia, como se puede comprobar, por ejemplo, en el § 16.2 de la Ley de Transplantes *.

2. *Planes y proyectos*

78. La planificación consiste en el análisis de las situaciones actuales, el pronóstico de futuros desarrollos y la formulación previa de una ordenación normativa [156]. Su objetivo es lograr el equilibrio entre los distintos intereses y la coordinación de diversas actividades en un conjunto racionalmente ordenado de medidas, entrelazadas entre sí para constituir un proyecto coherente. La planificación y el plan se caracterizan por la complejidad, la conexión entre distintos elementos y por un elemento de configuración creativa de la realidad. La ordenación contenida en los planes no es una ordenación abstracta. Al contrario, parte de una determinada situación y está condicionada a su desarrollo posterior. El propio plan ya aprobado es sólo un anteproyecto, que tiene que estar permanentemente abierto a nuevas adaptaciones.

[155] *BVerfGE*, 76, 171 (184 y ss.).

* *N. del T.*: La Ley sobre Donación, Extracción y Transplante de Órganos, de 5 de noviembre de 1997, dispone en su § 16.1 que los Colegios de Médicos aprobarán directrices en las que se recoja el "estado de los conocimientos médicos" (es decir, algo parecido a la *lex artis*) en torno a cuestiones tan relevantes como la determinación del momento de la muerte a partir del cual está autorizada la extracción o la elección del donante para evitar riesgos de rechazo. El apartado 2 del parágrafo, al que se refiere el autor en el texto, dice que en las comisiones que redacten esas directrices tienen que estar representados también de forma adecuada médicos que no se dediquen directa o indirectamente a la realización de transplantes, así como pacientes y juristas.

[156] Sobre el tema, *vid.* STERN, *Staatsrecht*, vol. 2, § 40; HOPPE, en *HStR*, vol. 3, § 3; SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Schlichter*, pp. 3 ss.

79. Los planes representan formas irrenunciables de acción de la Administración moderna (*vid.* 2/77; 3/19, 35). Su significado ha crecido permanentemente en las últimas décadas y lo seguirá haciendo bajo el influjo europeo. El Derecho ambiental europeo, por ejemplo, obliga a los Estados miembros a la elaboración de múltiples programas de acción y de medidas [157]. La cooperación administrativa en la Unión Europea no es concebible sin la ayuda que los planes y programas prestan a la hora de ajustar y coordinar distintas voces. Los planes hacen uso de todos los grados de intensidad que puede alcanzar la intervención y dirección administrativa. Pueden tener un carácter imperativo, inductivo o indicativo. El trabajo emprendido en su día por Josef H. KAISER acerca de la planificación ofrece un buen ejemplo para un temprano análisis de la Ciencia del Derecho administrativo sobre la problemática de la capacidad directiva estatal. Los diferentes enfoques, las interdependencias y las condiciones del marco jurídico de la capacidad directiva son tratados en ese contexto detalladamente [158].

80. Desde una perspectiva dogmático-jurídica el planeamiento administrativo se ha estudiado sobre todo en el ámbito del Derecho urbanístico y ordenación del territorio [159], más tarde también en el Derecho administrativo ambiental [160]. En estos ámbitos la atención se centró especialmente en los planes que producen efectos directos sobre los particulares y sobre otros órganos administrativos, como ocurre con el "plan de edificación" y el "plan regional" *. No se ha llegado a elaborar una institución jurídica unitaria que pueda recoger siquiera sea ese limitado sector de la planificación. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han elaborado, en la dogmática de la ponderación de intereses, una serie de características típicas de los actos de planeamiento, de las que se derivan una serie de exigencias jurídicas [161],

[157] Sobre el tema, KRÄMER, en LÜBBE-WOLFF, *Vollzug des europäischen Umweltrechts*, p. 7 (22 ss.).

[158] KAISER, *Planung I-VI*; especialmente, *vid.* las importantes aportaciones de KAISER, *Planung I*, pp. 11 ss., y *Planung II*, pp. 11 ss.; FORSTHOFF, en *Planung III*, pp. 21 ss.; IPSEN, en *Planung I*, pp. 35 ss., y *Planung II*, pp. 63 ss., y SCHEUNER, en *Planung I*, pp. 67 ss.

[159] Sobre el tema, *vid.* HOPPE y GROTEFELS, *Baurecht*, §§ 5 y ss.; BROHM, *Baurecht*, §§ 6 y ss.

[160] Cfr. ERBGUTH, *Grundfragen des Umweltrechts*, pp. 103 ss. y 146 ss.

* *N. del T.*: El autor hace referencia a dos figuras concretas del Derecho alemán, la primera del Derecho urbanístico y la segunda de la ordenación del territorio. Se ha traducido como "plan de edificación" el *Bebauungsplan*, que se podría equiparar a nuestro Plan Parcial, por oposición al Plan General de Ordenación Urbana. En el Derecho alemán no tiene que aprobarse necesariamente un Plan General en todos los municipios, pero el *Bebauungsplan* sí es imprescindible para ejecutar determinadas actuaciones. El "plan regional" *(Regionalplan)* es un plan de ordenación territorial que ocupa también el segundo lugar en la pirámide jerárquica de los planes. Frente a lo que su nombre puede indicar, su ámbito no abarca la totalidad del *Land* (ése es el primer nivel de planeamiento), sino una de las zonas o regiones en que se divide.

[161] Sobre el tema, básicamente, *BVerwGE*, 34, 301 y ss., y 45, 309 y ss.; WEYREUTHER, *DÖV*, 1977, pp. 146 ss.

de tal manera que los planes no sólo pueden caracterizarse como formas de acción, sino también como institutos jurídicos. En el "sistema del planeamiento territorial" con su clasificación de tipos de planes legalmente definidos, sus conexiones en cascada, cláusulas de adaptación y desarrollo y sus reservas de modificación se ha manifestado con toda claridad esta clase de planificación ordenada jerárquicamente y dotada de una eficacia vinculante directa [162].

81. Los planes, sin embargo, tienen desde siempre otras funciones. Deben hacer que las decisiones de los órganos de planificación sean más ordenadas, sistemáticas y coherentes. De este tipo de planeamiento también se pueden esperar influencias indirectas sobre el proceder de terceros. Su objetivo inicial no es dirigir u orientar a terceros, sino la autodirección. Los planes de este tipo, en primer lugar, desean exponer consideraciones conceptuales sobre un determinado ámbito político y con ello abrir un debate [163]. Se pueden definir, por tanto, como "proyectos" [164] *. Al exponerse las ideas de esta forma, se logra una especie de presunción de acierto derivada de su articulación racional, que obliga a quienes defienden puntos de vista opuestos a motivar sus tesis [165]. En la práctica administrativa se encuentran múltiples clases de proyectos, por ejemplo, en materia de rehabilitación urbanística, energía o desarrollo. Son especialmente útiles en asuntos que afectan a una pluralidad de competencias, porque permiten un enfoque global e incrementan la racionalidad de las decisiones subsiguientes que están escasamente predeterminadas por la ley. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Administrativo Federal con relación a las exigencias de prevención del § 5 de la Ley Federal de Protección frente a las Inmisiones (BImSchG) [166] **. Encajar estos proyectos en una única figura jurídica es todavía más difícil que en el caso de la planificación territorial. El análisis jurídico-administrativo de estos proyectos no puede tener como objetivo último su formalización y juridificación absolutas. Lo que garantiza la racionalidad de los proyectos es un factor más bien inmanente, y es que su fuerza disuasoria y argumentativa sólo puede subsistir si son plausibles y coherentes [167].

[162] Sobre el tema, *vid.* WAHL, *Rechtsfragen der Landesplanung*, vol. 1, pp. 114 ss. Sobre unos más flexibles conceptos de planeamiento en otros Estados europeos, cfr. SCHMIDT-EICHSTAEDT, *DÖV*, 1995, pp. 969 ss.

[163] RITTER, *JbStVwW*, 1987, p. 321 (345 ss.); cfr. TRUTE, *Vorsorgestrukturen*, pp. 209 ss.: "Concepto de una capacidad directiva propia vertical".

[164] De manera sistemática sobre el tema, A. MÜLLER, *Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln*, pp. 72 ss.; AULEHNER, *Informationsvorsorge*, pp. 525 ss.

* *N. del T.:* En el texto se propone traducir como "proyecto" la palabra alemana *Konzept*. Pese a las apariencias, *Konzept* no significa "concepto" *(Begriff)*. El *Konzept* es un esquema, un proyecto, la idea básica con la que se pretende abordar una cuestión. Es frecuente que en el lenguaje político se hable del *Konzept* que tiene un Gobierno, o un partido político, para reducir el desempleo o la inflación. También se podría traducir como "idea" o "planteamiento". También se pueden traducir como "estrategias".

[165] Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *DÖV*, 1990, p. 169 (175 y 176); sobre la Administración infraestructural, *vid.* AULEHNER, en HARATSCH, KUGELMANN y REPKEWITZ, *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, p. 195 (202 ss.).

[166] *BVerwGE*, 69, 37 (44 y 45); PITSCHAS, en BLUMEL y PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, p. 229 (255).

** *N. del T.:* La sentencia a que se refiere el texto, de 1 de marzo de 1984, desestima el recurso interpuesto por una empresa contra una resolución por la que se le imponían, en aplicación de la normativa contra incendios, determinadas limitaciones en cuanto a la posibilidad de quemar materiales inflamables. En el pasaje concreto citado en el texto, la sentencia confirma la validez de uno de los argumentos empleados por la Administración, a saber, que para determinar la peligrosidad de la actividad que se llevaba a cabo en la empresa, y, por lo tanto, la necesidad, o no, de imponerle determinadas restricciones, no se podía tener en cuenta exclusivamente el trabajo desarrollado en la empresa, sino que también se debían analizar otras actividades cercanas (en el mismo polígono, en vías de comunicación próximas) que incrementaban el riesgo de incendio. La sentencia dice que la Administración debe partir de una "idea global" (un *Konzept*) de las medidas de precaución que se deben adoptar.

[167] Detalladamente sobre el tema, *vid.* A. MÜLLER, *Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln*, pp. 178 ss.

C. LA DOCTRINA DE LOS CRITERIOS * DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

82. En la doctrina de los criterios o parámetros de la acción administrativa se estudian sistemáticamente distintas cuestiones básicas que se refieren al logro de una actuación administrativa que sea conforme a Derecho, racional y razonable. Los criterios son "orientaciones normativas de la acción administrativa" que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia [168]: entre ellos se encuentran los de igualdad, proporcionalidad, economía, eficiencia, transparencia, búsqueda del consenso, etc. A través de estos parámetros se hace efectiva la racionalidad de la acción administrativa (*vid.* 2/22, 75). Históricamente, estos criterios derivan de un caudal de experiencias y de un acervo de valores en torno a reflexiones generales sobre la equidad y la realizabilidad, con la característica de que estos principios frecuentemente se expresan y fundamentan con más claridad en otros ordenamientos jurídicos. En el Derecho administrativo alemán no existe hasta ahora una doctrina

* *N. del T.:* Se traduce como "criterios" la palabra alemana *"Maßstäbe"*, que literalmente sería "parámetros" o "criterios de medida". Se podría utilizar también, en sentido amplio, la palabra "principios", puesto que, aunque estos criterios no se corresponden con los principios generales del Derecho, constituyen mandatos dirigidos a la Administración, es decir, su valor no es meramente descriptivo. En favor del uso del término "principios" como traducción milita igualmente el hecho de que el autor incluye en esta categoría a lo que en Derecho comunitario se conoce inequívocamente como principios, como se puede comprobar en este mismo párrafo, en especial en la nota 170.

[168] En este sentido, HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN y SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, p. 115 (pp. 130 ss.): una acción administrativa legal, "opcional", que haga un uso óptimo de sus distintas posibilidades y que trate de conseguir el consenso de los afectados.

sistemática y completa acerca de los criterios de la acción administrativa [169]. Por el contrario, en las exposiciones del Derecho administrativo europeo se utiliza los principios como un importante elemento alrededor del cual se construye el sistema y sus divisiones [170]. En este ámbito es patente que se trata de una serie de convicciones básicas compartidas en todos los Estados miembros, que están en la base del sistema, y esto se observa con más claridad que en la teoría de las formas jurídicas de la actuación administrativa, que son más bien el resultado de diferentes tradiciones dogmáticas. Por consiguiente, uno de los caminos que deben llevar a profundizar en la doctrina de los parámetros de actuación es el estudio del Derecho comparado. A continuación se van a estudiar, en primer lugar, las funciones de una doctrina de los criterios. Después se analizará, tomando como ejemplo el principio de eficiencia, en qué medida partiendo de la combinación de distintos criterios se pueden inducir criterios de actuación administrativa aún más amplios.

I. Funciones y estructura de la teoría de los criterios de actuación

83. Los criterios o parámetros deben proporcionar líneas de orientación permanentes, que contribuyan a configurar la actuación administrativa más allá de los supuestos de hecho concretos de las normas aplicables en cada caso. El ámbito preferente de actuación de esos parámetros son las cláusulas discrecionales o de ponderación *. Sin embargo, también pueden entrar en juego en la interpretación de conceptos legales indeterminados. En este sentido, una decisión del Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) dice lo siguiente acerca

[169] Puede encontrarse un estudio de los criterios de actuación, desde una perspectiva bastante amplia, en ACHTERBERG, *Verwaltungsrecht*, § 19: se estudian los principios de legalidad, adecuación al fin, economía, comprensibilidad, responsabilidad y servicio al interés general. También se estudian los fundamentos de una doctrina de los criterios de actuación en MAYER y KOPP, *Verwaltungsrecht*, § 30, donde se analizan los principios de concreción, previsibilidad, mensurabilidad y ponderabilidad de la acción administrativa, así como la interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, buena fe, protección de la confianza, prohibición de imponer sacrificios excesivos, prohibición de exigir contraprestaciones por el ejercicio de las potestades administrativas, eficiencia y adecuación al interés general.

[170] En este sentido, SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vols. 1 y 2. La obra se articula en función de una serie de principios administrativos, que se analizan en los ordenamientos de los Estados miembros y en la jurisprudencia del TJCE, y que son el mandato de igualdad y la prohibición de discriminaciones (capítulo 4), el principio de proporcionalidad (capítulo 5), la seguridad jurídica y la protección de la confianza (capítulo 6) y los principios del procedimiento administrativo derivados del Estado de Derecho (capítulo 7).

* *N. del T.:* El texto se refiere a cláusulas normativas que, o bien otorgan a la Administración un margen de discrecionalidad, o establecen que la actuación a llevar a cabo dependerá del resultado de una ponderación de derechos, intereses o bienes jurídicos llevada a cabo por la propia Administración.

de la relevancia jurídica de los puntos de vista económicos [171]: «En consecuencia, al interpretar la Ley no puede olvidarse que la medida de lo que el ciudadano puede exigir razonablemente a la comunidad es determinada por las posibilidades de financiación de las prestaciones exigidas». Cuando se desciende a los aspectos concretos, se comprueba que existen aún muchas dudas dogmáticas acerca del contenido, el rango y las vías a través de las cuales producen efectos los principios.

1. *El espectro de los criterios de actuación*

84. En el Derecho administrativo se han tenido en cuenta hasta ahora, sobre todo, aquellos criterios que se han fortalecido hasta el punto de convertirse en "principios generales del Derecho" [172]. Dentro de estos principios pueden distinguirse los que se refieren al procedimiento y los principios materiales. En este trabajo nos referiremos únicamente a los principios materiales, entre los que destacan el principio de proporcionalidad y los parámetros relacionados con la igualdad. Tanto uno como otro se han desarrollado hasta dar lugar a sendos grupos de principios. El grupo del principio de proporcionalidad comprende los mandatos de adecuación, de exigencia o necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez se ramifican sectorialmente en obligaciones de tener en cuenta determinados intereses o en cláusulas dispensatorias para supuestos excepcionales * [173]. Lo mis-

[171] *BVerwGE*, 72, 113 (115); en este mismo sentido, *vid.* también *BVerwGE*, 97, 110 (114).

[172] Sobre el particular, *vid.* OSSENBÜHL, en ERICHSEN, *Verwaltungsrecht*, § 6, núms. margs. 87 y ss., y WOLFF, BACHOF y STOBER, *Verwaltungsrecht I*, § 25, núms. margs. 2 y ss.

* *N. del T.:* Parece necesario dar alguna explicación acerca de estos "subprincipios" derivados del principio de proporcionalidad *(Verhältnismäßigkeitsprinzip)*, que en español, al contrario que en alemán, no pueden ser designados con una sola palabra ni con una perífrasis que remita claramente al lector a su significado jurídico. El mandato de adecuación *(Geeignetheit)* quiere decir que el contenido de la actuación administrativa debe ser el que corresponda a los fines que persigue y a los intereses públicos que la requieran (en un sentido similar al que recoge el art. 53.2 LPC *in fine*). El principio de exigencia o necesidad *(Erforderlichkeit)* significa que la acción administrativa ha de limitarse a lo necesario o, en otras palabras, a lo exigido por la concreta finalidad que ha de perseguir. Aquí encajarían, por ejemplo, fórmulas conocidas entre nosotros como el *favor libertatis*. Los *Rücksichtnahmegebote* son mandatos dirigidos a la Administración para que, antes de adoptar determinada decisión, tenga en cuenta, especialmente, un concreto interés público o privado, a fin de que el daño o afección negativa del mismo se minimice. Por último, se traduce como "cláusulas dispensatorias para supuestos excepcionales" las *Härteklauseln* (literalmente, cláusulas de dureza), es decir, preceptos que, en la regulación de una materia determinada, ordenan o permiten la aplicación de regímenes excepcionales en casos especiales en los cuales la aplicación del régimen general pudiera dar lugar a consecuencias contrarias a la equidad o desproporcionadas.

[173] *Vid.*, con una explicación más detallada, STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/2, § 84, II. Sobre la relación del principio de proporcionalidad con el principio de "prohibición del defecto" [que es el paralelo del principio de "prohibición de excesos" en la actuación administrativa, derivados ambos del principio de proporcionalidad, *N. del T.*], y la construcción de una "proporcionalidad

mo ocurre con los parámetros relativos a la igualdad, donde el principio de interdicción de la arbitrariedad se concreta en distintas reglas de igualdad de trato y de equiparación [174].

Los principios menos desarrollados son los de seguridad jurídica y protección de la confianza. Hasta el momento sólo cabe mencionar algunos campos en los que han alcanzado relevancia, por ejemplo, la anulación de actos administrativos, la modificación de planes y la retroactividad de las normas [175]. La tematización rigurosa de estos principios está todavía en sus comienzos. Esa teorización debe buscarse a partir de la confrontación de la seguridad jurídica con el principio opuesto de la flexibilidad del Derecho [176]. Hasta el momento, el Derecho administrativo alemán ha optado, de un modo demasiado unilateral, por el punto de vista de la protección de la confianza. Otros ordenamientos europeos y el Derecho comunitario no van tan lejos en este punto [177]. El impulso procedente del Derecho comunitario debería llevar a la búsqueda de una base que reconozca como valores jurídicos en pie de igualdad a la firmeza y a la capacidad de cambio: «El Derecho se caracteriza por la tensión entre la estabilidad y la flexibilidad, la tradición y la innovación» [178].

85. También se enmarca dentro del ámbito de los parámetros jurídicos en sentido amplio la recepción paulatina de consideraciones de oportunidad y criterios de buena administración como principios y reglas jurídicas. Este fenómeno se argumenta normalmente con base en el principio de Estado de Derecho y en los derechos fundamentales. Los agentes que catalizan este proceso son los Tribunales administrativos y la doctrina jurídico-administrativa. De esta forma, uno de tales criterios se convierte en principio jurídico cuando los Tribunales lo reconocen como parámetro de control de la acción administrativa y sancionan su incumplimiento aplicándole el tratamiento usual de los actos contrarios a derecho, es decir, la nulidad o la anulabilidad y la responsabilidad del Estado. Esto demuestra que, en la perspectiva del desarrollo temporal, los principios jurídicos y el resto de los parámetros no constituyen dos grupos rígidamente separados. La frontera entre ambos está continuamente en movimiento. Por lo tanto, el conjunto de las orientaciones normativas aplicables a la acción adminis-

global", *vid.* Hoffmann-Riem, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und Flexibilität*, p. 9 (50 ss.).

174 Sobre este punto, *vid.* Kirchhof, en *HStR*, vol. 5, § 124, núms. margs. 193 y ss.; § 125, núms. margs. 5 y ss., 54 y ss., 65 y ss. y 84 y ss.

175 En relación con este tema, *vid.* Maurer, en *HStR*, vol. 3, § 60, así como Schmidt-Assmann, en *HStR*, vol. 1, § 24, núms. margs. 81 y ss.

176 Sobre este punto, *vid.* R. Schmidt, en Hoffmann-Riem y Schmidt-Assmann, *Innovation und flexibilität*, p. 67 (104 ss.).

177 *Vid.* Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, pp. 1044 ss.

178 *Vid.* Maurer, *HStR*, vol. 3, § 60, núm. marg. 1.

trativa puede reconducirse a un espectro cuyas divisiones no son fijas [179]. En uno de los lados, la clave es la interdicción de la arbitrariedad, mientras que en el otro el núcleo es la capacidad de la Administración para optar por la solución que considere más adecuada al fin que debe perseguir. Entre ambos se encuentran numerosos criterios y puntos de vista que pueden orientar la actuación administrativa y que son jurídicamente relevantes desde una u otra perspectiva, sin alcanzar la condición de principio de jurídico en sentido estricto. Así ocurre, por ejemplo, con el principio de economía. Por una parte, es uno de los elementos del supuesto de hecho de distintas normas del Derecho presupuestario y del Derecho económico municipal, mientras que, por otro lado, no aparece prácticamente nunca en el control judicial como parámetro de control de la acción administrativa, sino que dispone de su propio mecanismo de sanción en el ámbito del control presupuestario (*vid.* 6/91, 95).

2. *El contenido y la sanción de los parámetros*

86. La idea de que todos los parámetros normativos que se aplican a la acción administrativa componen un espectro de principios, nos conduce a examinar las funciones y la estructura de la teoría de los criterios de la acción administrativa en el Derecho administrativo. Desde un punto de vista *material*, tiene que desarrollar el contenido de los criterios. En este aspecto, la ciencia jurídica tiene que servirse de los conocimientos alcanzados en la economía, la Hacienda pública y las ciencias de la organización. En una segunda fase, es necesario asignar mecanismos de sanción adecuados a los principios, y éste es el aspecto *instrumental*. Esa doble misión de la doctrina de los principios no se puede comprender adecuadamente si se fija la atención sólo en la labor de los Tribunales, pues en el momento en que un criterio orientador de la acción administrativa es utilizado por un Tribunal como canon de control, se convierte automáticamente, en última instancia, en un principio jurídico. Así, no es casual que las sentencias que aplican el principio de proporcionalidad se critiquen de vez en cuando como invasiones del ámbito de oportunidad cuya apreciación está reservada a la Administración. Desde un punto de vista estructural, la proporcionalidad es un "nexo entre la legalidad y la oportunidad" [180], que se concreta en términos jurídicos justamente en la medida en que los Tribunales la utilizan como criterio de control de la Administración y sólo hasta ese punto. Se debe distinguir entre el contenido de un principio y las sanciones de ese principio. Ésa es, expresada breve-

179 Parecidas reflexiones se encuentran en Achterberg, *Verwaltungsrecht*, § 19, núm. marg. 18, que considera que los parámetros de legalidad y los de oportunidad forman dos círculos secantes.

180 Así lo había definido ya Achterberg, *Verwaltungsrecht*, § 19, núm. marg. 18.

mente, la forma correcta de entender la distinción entre los principios de la acción administrativa y los principios del control administrativo.

87. Cuando se habla de sanción de los principios para hacer referencia al aspecto instrumental de la doctrina de los criterios de actuación, se está situando el problema en una dimensión aún más amplia. Las *sanciones* son el resultado, en primer lugar, del conjunto de los controles de la Administración. Si contemplamos sistemáticamente el control judicial, el parlamentario, el control ejercido por otras Administraciones respecto a los entes locales, y el control presupuestario, comprobamos la existencia de un conjunto de sanciones institucionales de características muy variadas. A esto se añaden las reglas materiales que disciplinan las formas de reacción. Dentro de ellas, las normas que regulan la invalidez y las consecuencias de los vicios de los actos, la responsabilidad del Estado y la potestad disciplinaria establecen sanciones "duras". De todas formas, también el deber de remitir informes, la presentación y resolución de reclamaciones administrativas ante el mismo u otro órgano, las reglas que establecen el traslado de la competencia para resolver a otro órgano en ciertos casos o que conceden a un órgano un voto de calidad, son sanciones con las cuales se puede reaccionar ante la inobservancia de los principios que rigen la acción administrativa. Se puede decir en términos más precisos que lo que caracteriza a los principios jurídicos en sentido más clásico es la aplicación de un conjunto fijo de sanciones "duras". Los otros principios no están protegidos de una manera tan compacta, pero no por ello su incumplimiento carece de consecuencias. Por lo que respecta al principio de economía, ya se ha aludido a su relación con el control contable. En relación con otros criterios de eficiencia, hay que remitirse a los controles internos y a determinadas configuraciones del procedimiento administrativo con las que se busca fomentar la eficiencia. El mismo principio de oportunidad no es sólo un criterio que debe seguir la Administración al adoptar sus decisiones, sino que tiene relevancia como criterio jurídico de control en el campo de los recursos administrativos.

88. La teoría de los criterios de la acción administrativa, desarrollada en el Derecho administrativo, debe asignar a dichos principios unas sanciones o mecanismos de garantía que sean adecuados a los fines de cada principio y que aseguren su efectividad en el día a día de la Administración. El objetivo no es que el mayor número posible de principios sean utilizados por los Tribunales como parámetro de control o den lugar a pretensiones de responsabilidad patrimonial contra el Estado. No se trata de juridificarlo todo, esquemáticamente, sino de establecer un conjunto de incentivos y de configurar el procedimiento de tal modo que se incremente la racionalidad de la actuación administrativa. Del mismo modo que en la teoría de las formas jurídicas de la actuación administrativa, la doctrina de los principios está some-

tida al mandato de adecuación, es decir, sus postulados y conclusiones deben estar en proporción a los fines pretendidos.

II. El criterio de la eficiencia

89. El ejemplo del criterio de la eficiencia permite mostrar las especiales tareas que se deben realizar en su desarrollo. En la bibliografía menos reciente, la eficiencia se coloca normalmente al lado de la efectividad, la capacidad de ofrecer rendimientos o la funcionalidad [181]. Aquí damos al término, por el contrario, el sentido que se le asigna en las ciencias económicas [182]. Desde este punto de vista, la efectividad mide la consecución del fin. La eficiencia se ocupa, por el contrario, de la relación entre los costes asumidos (medios, recursos) y el fin perseguido (beneficio, éxito). El contenido mínimo de este principio es la obligación de conseguir el fin fijado con la menor cantidad posible de medios. Su objetivo máximo consiste en aspirar al mayor beneficio posible con los medios de que se dispone. Del principio de eficiencia se deriva la necesidad de analizar cuantitativamente las distintas decisiones que se pueden adoptar, y favorecer el empleo más adecuado de los medios disponibles. Mientras que la efectividad se centra en el fin, la eficiencia lleva a pensar en los costes. Así, los análisis de costes deben ser el contrapeso a muchas exigencias de efectividad que se dirigen a la Administración y al Derecho administrativo.

1. *La eficiencia como principio de utilización racional de los recursos*

90. No se puede enfrentar la eficiencia administrativa al Derecho. Nada sería tan erróneo como volver, bajo nuevas denominaciones, a los viejos dilemas entre "los valores jurídicos" y "los valores administrativos" [183]. Tampoco sirve de mucho la observación de que la eficiencia administrativa no debe confundirse con la mera rentabilidad de los medios empleados. Es obvio que la obligación que tiene la Administración pública de actuar al servicio del interés público no se reduce a la obtención de beneficios económicos. Se trata, más bien, de tener en cuenta distintas perspectivas a la hora de analizar el concepto de beneficio. En Economía se alude a esas distintas dimensiones de la eficiencia hablando de un concepto microeconómico y un concepto macroeconómico de eficiencia. Es inevitable que a medida que la reflexión se hace más amplia, los datos sean menos exactos. Pero de ahí

---

[181] *Vid.* LEISNER, *Effizienz als Rechtsprinzip;* HÄBERLE, *AöR*, 1973, pp. 625 ss.; MAYER y KOPP, *Verwaltungsrecht*, § 30, IX.

[182] *Vid.* SCHOLZ, en *HWO*, cols. 533 y ss.; REDING, en *HWÖ*, cols. 277 y ss.

[183] Sobre este punto, *vid.* KRÜGER, *Staatslehre*, pp. 730 ss.

no cabe deducir que sea mejor prescindir de la eficiencia como criterio de la acción administrativa, y esa falta de exactitud no exime del deber de argumentar en aquellos terrenos en los que sí existan criterios de valoración relativamente estables que proporcionen un marco más o menos seguro. La eficiencia no es para la Administración un criterio variable, sino un principio fundamentado jurídicamente.

91. La sede primera de este principio se encuentra en el Derecho presupuestario, donde se denomina principio de *economía* *. En este sentido, el art. 114.2 de la GG no sólo es el fundamento del control contable, sino que establece un criterio de actuación del ejecutivo **. Lo mismo se deduce para el Derecho presupuestario comunitario del art. 205.1 TCE ***. El § 6 de la Ley de Principios Presupuestarios (HGrG) y el § 7 de la Ley Federal Presupuestaria (BHO) destacan una vez más, mediante una cláusula general, la importancia de la economía y el ahorro en la ejecución del presupuesto, e introducen una serie de técnicas procedimentales dirigidas a su efectividad. La acción estatal es económica «si la importancia de los objetivos que la misma ha conseguido para el interés general justifica el coste en el que se ha incurrido, en tiempo, trabajo, recursos financieros, etc. —una vez tenidas en consideración, también, las eventuales consecuencias accesorias perjudiciales—, y si no se hubieran podido conseguir los mismos objetivos con un coste menor —en el sentido amplio que se acaba de indicar—» [184]. La eficiencia económica de la Administración no se satisface con la aplicación de simples cálculos, pero obliga a una actuación racional, lo que es coherente con el carácter fiduciario del poder estatal (*vid.* 1/26) [185]. Desde el punto de vista presupuestario, no se puede gastar nada que previamente no haya sido puesto a disposición por la colectividad mediante el pago de tributos o la asunción de deudas.

92. Un segundo campo de acción de la eficiencia es la política ambiental. La eficiencia significa aquí *sostenibilidad*. Aciertan quienes interpretan la protección de los fundamentos naturales de la vida, que

* *N. del T.:* El autor habla aquí de economía *(Wirtschaftlichkeit)* para hacer referencia a aquella actuación o modo de comportarse que utiliza acertadamente los recursos disponibles, y no a la ciencia económica *(Wirtschaft)*. El DRAE también da cuenta de esta acepción del término "economía": "Buena distribución del tiempo y de otras cosas inmateriales", así como "Ahorro de trabajo, tiempo, dinero, etc.".

** El mencionado artículo de la GG dispone, en su primer inciso, lo siguiente: «El Tribunal Federal de Cuentas, cuyos miembros gozarán de independencia judicial, revisará las cuentas, así como la economía y legalidad de la gestión presupuestaria y económica» (traducción publicada por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal y realizada por E. Garzón Valdés, R. García Macho y K. P. Sommermann).

*** *N. del T.:* Es el art. 274 en la versión consolidada. La traducción oficial española habla del "principio de buena gestión financiera".

[184] En este sentido, Vogel y Kirchhof, en *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, art. 114, núm. marg. 90.

[185] *Vid.*, en relación con este tema, Von Arnim, *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, p. 74.

el art. 20a GG ha convertido en un deber del Estado, como una expresión del principio de sostenibilidad y de ahorro [186]. Con aún mayor claridad, el art. 130 R TCE [actual art. 174] habla de «la utilización prudente y racional de los recursos naturales». De esta forma se expresa el planteamiento y el punto de partida comunes de la eficiencia económica y ecológica. «Esa decisión valorativa se designa en la Economía como análisis de costes y beneficios, en la Ética como ponderación de los diversos males y en el Derecho como respeto de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad» [187] *.

93. Con ello nos acercamos a un tercer ámbito en el que destaca la relación que tiene siempre la eficiencia con la necesariedad y la idea de proporción: el principio de *proporcionalidad*, que busca un equilibrio adecuado desde el punto de vista de los derechos individuales (*vid.* 2/64). «El mandato de establecer una relación adecuada entre el medio y el fin es el núcleo original y la forma más general de control del Estado» [188]. Ciertamente, el Derecho presupuestario, el ambiental y la protección de los derechos fundamentales tienen por objeto distintas situaciones de riesgo y diferentes bienes jurídicos, que no se pueden unificar de una manera simplista bajo el concepto de eficiencia. Sin embargo, estos tres ámbitos abren otras tantas vías de acceso, desde lados diferentes, a un principio de utilización racional de los recursos, que de esta forma tiene tres raíces constitucionales. Por lo tanto, el fundamento jurídico de la eficiencia es incuestionable. Este fundamento garantiza —naturalmente a través de mecanismos muy diferentes— la protección de la libertad frente a situaciones de peligro, individuales o colectivas, que deriven de un consumo incontrolado de bienes públicos.

2. *Consecuencias en el ámbito del Derecho administrativo*

94. Las cuestiones relativas a la eficiencia han tenido cierta relevancia en el ámbito del Derecho administrativo, como es lógico [189]. Así, en las Leyes se encuentran en algunos casos consideraciones relativas a los niveles razonables de gasto, que legitiman en supuestos concretos el abandono de los estándares aplicables con carácter general. En este sentido, los preceptos relativos a la simplificación procedimental en procedimientos masivos (§§ 17 y 18 de la VwVfG) pueden

[186] Sobre este particular, Murswiek, en Sachs, *Grundgesetz*, art. 20a, núms. margs. 27 y ss.

[187] Cfr. SRU-Gutachten, 1994, núm. marg. 26.

* *N. del T.: Vid.* una nota anterior del traductor acerca del significado de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

[188] *Vid.* Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, p. 13.

[189] Cfr. Schwarze, *DÖV*, 1980, pp. 581 ss.; con particular referencia a las ayudas a las actividades económicas, Spannowsky, *DÖV*, 1995, pp. 41 ss.

considerarse disposiciones relativas a la eficiencia contenidas directamente en una Ley *. Sin embargo, lo normal es que las Leyes no den una solución concreta a problemas de eficiencia, sino que formulen —implícitamente con más frecuencia que de forma expresa— mandatos específicos de observar una conducta eficiente, o bien opciones de eficiencia o limitaciones relacionadas con ella. Por lo que respecta al Derecho del procedimiento, reglas de este tipo se encuentran, por ejemplo, en el § 28.2, núm. 3, el § 39.2, núm. 2, y el § 10, inciso 2.º, todos de la VwVfG **. Sin embargo, hasta ahora no se ha llegado a expresar de manera adecuada el principio de eficiencia. Al contrario, se impide esa consolidación del principio al desconectar el Derecho presupuestario de la Parte general del Derecho administrativo, así como también con el rechazo dominante de la investigación y comprobación de los hechos por medio de tipos [190], y también al calificar como un vicio en el ejercicio de la discrecionalidad el hecho de que la Administración tenga en cuenta consideraciones de tipo económico (los llamados motivos fiscales) al ejercerla [191]. Günter DÜRIG exigió, hace ya veinticinco años, en sentido contrario, lo siguiente: «Es necesario plantearse radicalmente, y no sólo para la Administración prestacional, sino también para la actividad de vigilancia, si, bajo la vigencia de una Constitución que reconoce rango constitucional al "equilibro global de la economía" (art. 109), se pueden mantener la tesis habitual de que los "motivos fiscales", el "ahorro de trabajo administrativo", etc., son "motivos ajenos" al fin que debe perseguir la Administración» [192] ***. Esta regla tradicional, desarrollada sobre todo en el Derecho de policía y urbanístico, es aún menos convincente como principio general del ejercicio de potestades discrecionales. La poca importancia que en esas posiciones se da a la perspectiva económica y a las refle-

* *N. del T.:* Los preceptos citados en el texto se refieren al tratamiento simultáneo y por medio de un representante único de una pluralidad de solicitudes idénticas o de un grupo de interesados que se encuentran en la misma situación. Es la misma preocupación que anima al art. 33 LPC, aunque con un contenido muchísimo más rico y matizado.

** *N. del T.:* El § 28.2, núm. 3, permite prescindir del trámite de audiencia de un interesado cuando la Administración no vaya a apartarse, de manera desfavorable para él, de los datos que él mismo haya aportado en sus manifestaciones. El § 39.2, núm. 2, permite prescindir de la motivación cuando el destinatario del acto la conozca ya o no necesite de su formalización para conocerla. El § 10, inciso 2.º, dice que el procedimiento se debe tramitar de forma simple, adecuada a su fin y sin dilaciones.

[190] En relación con esta cuestión, *vid.* OSTERLOH, *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume*, en especial pp. 208 ss. y 451 ss.

[191] *Vid.* ejemplos en KEPPELER, *Behördliches Versagungsermessen*, pp. 159 ss.

[192] En MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 3 I, núms. margs. 456 y 362.

*** *N. del T.:* En el texto, SCHMIDT-ASSMANN se opone a la tesis habitual en la jurisprudencia que tiende a apreciar desviación de poder cuando la Administración, al adoptar una decisión discrecional y optar por una determinada posibilidad, tiene en cuenta, además del fin de la concreta potestad que esté ejerciendo, el mayor ahorro de trabajo o de recursos que esa decisión le supone, por ejemplo, porque le exige una labor burocrática inferior.

xiones relativas al coste de la actividad administrativa no está justificada desde un punto de vista sistemático. La utilización racional de los recursos es un principio dotado de fundamento constitucional, que debe ser tomado en serio en la sistemática del Derecho administrativo.

95. Desde esta perspectiva el procedimiento administrativo asume una especial significación. Es necesario reformular el Derecho del procedimiento para que disponga de técnicas que favorezcan la eficiencia. Por lo que respecta a la eficiencia económica, el Derecho presupuestario ya ofrece algunas ideas. La tradicional separación entre el procedimiento presupuestario y el procedimiento administrativo general no puede seguir sosteniéndose (*vid.* 6/127). El Derecho presupuestario no es un simple "Derecho interno". Es necesario volver a revisar su sistema de sanciones y comprobar si son adecuadas, a la luz de la teoría general del procedimiento. A ello obliga también el Derecho comunitario, que exige en la adjudicación de contratos públicos la aplicación de mecanismos de sanción más estrictos de los que han venido estableciendo hasta ahora los §§ 57a-c de la Ley de Principios Presupuestarios (HGrG) [193] *. También la gestión racional de los recursos en el Derecho ambiental se garantiza en buena medida a través del procedimiento [194]. Importantes instrumentos en este sentido son la evaluación de impacto ambiental y la regulación de las actuaciones lesivas para la naturaleza y el paisaje (§ 8 BNatSchG) **. El Derecho comunitario incidirá en el futuro con aún mayor intensidad al objetivo de hacer que las decisiones privadas, pero también las públicas se adopten teniendo en cuenta la gestión racional de los recursos y la sostenibilidad, puesto que se pretende someter a una evaluación de impacto ambiental no sólo las decisiones de autorización de proyectos, sino los programas y planes públicos que las preceden (*vid.* 6/109).

96. Todas estas reglas ofrecen al Derecho administrativo la materia prima de la cual deben extraerse, por la vía de un análisis comparativo, los elementos de un Derecho procedimental que favorezca la eficiencia. En este esfuerzo no se debe olvidar que el objetivo no es dotar al mayor número posible de criterios reguladores de la acción administrativa del sistema de sanciones aplicado a los principios dotados de reconocimiento jurídico, e integrarlos en el conjunto de pará-

[193] Sobre esta cuestión, *vid.* RITTNER, BRENNER y GÜNDISCH, *EuR*, 1996, número especial 1, pp. 7 ss., 23 ss. y 59 ss.

* *N. del T.:* El contraste entre la regulación alemana de la adjudicación de los contratos públicos, contenida en la legislación presupuestaria que se cita en el texto, y el Derecho comunitario, se ha solucionado ya en virtud de una modificación legislativa.

[194] Se ocupa detalladamente de esta cuestión GROSS, *VerwArch*, 1997, p. 89 (93 ss.).

** *N. del T.:* El § 8 de la Ley Federal de la Protección de la Naturaleza *(Bundesnaturschutzgesetz)* regula las actuaciones lesivas para la naturaleza y el paisaje, estableciendo los requisitos para su autorización y las medidas compensatorias de obligada aplicación.

metros utilizados en el control judicial (*vid.* 2/22). La doctrina de los principios de la acción administrativa debe desarrollar más bien mecanismos de impulso, eficacia y sanción adecuados. También es importante la obligación de la Administración de establecer indicadores del coste y de las consecuencias negativas de las distintas acciones y orientar sus decisiones en función de ellos. Por lo tanto, la mejora de la eficiencia no está unida en absoluto a la desaparición de reglas procedimentales.

D. EL SIGNIFICADO ESPECÍFICO DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO

97. Los procedimientos administrativos son secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información, bajo la responsabilidad de un ente administrativo [195]. El procedimiento sirve para dar una estructura a los múltiples contactos que se producen entre la Administración y los ciudadanos o entre distintas unidades administrativas, al integrarlos en un sistema de actuación.

98. La teoría del procedimiento debe tomar como punto de partida un concepto lo más amplio posible:

— Lo que más interesa al Derecho administrativo son los procedimientos que orientan ese flujo de información hacia la toma de decisiones: *procedimientos decisionales*. Pueden ser decisiones unilaterales o convencionales (§ 9 VwVfG). No es necesario que sean decisiones de Derecho público, sino que pueden producirse también bajo formas jurídico-privadas. Así, las adjudicaciones de contratos públicos también son procedimientos administrativos y, en consecuencia, están reguladas por el Derecho del procedimiento administrativo *. Lo mismo puede decirse de la aprobación de normas y planes por la Administración (*vid.* 6/74-81).

— Sin embargo, no toda actuación administrativa consiste en la adopción de resoluciones ni se puede explicar en función de una resolución. En los servicios sociales o en el asesoramiento prestado por servicios administrativos de mediación, lo más importante es la actuación material (*vid.* 3/30). Por tanto, la teoría del procedimiento administrativo debe desarrollar un segundo tipo de procedimiento junto al que tiene por objeto la adopción de decisiones: el procedimiento dirigido a la producción de prestaciones materiales.

[195] *Vid.* HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 193 ss.; HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, pp. 58 ss.; SCHOCH, *DV*, 1992, p. 21 (23 ss.).

* Esta explicación del autor obedece a que en el Derecho alemán los contratos de adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración son siempre de Derecho privado y además no se considera que su adjudicación sea un acto administrativo (no se aplica la teoría de los actos separables).

— Por último, es preciso tener en cuenta que no todos los procedimientos administrativos tienen una estructura regulada jurídicamente. La teoría del procedimiento debe incluir también, de igual modo que tiene que hacerlo la teoría de las formas jurídicas, el ámbito de lo informal. En el caso del procedimiento no aparece con tanta claridad, porque los procedimientos admiten grados de formalización muy diferentes. Así, muchos fenómenos que constituyen ejemplos de actuación administrativa informal, sin embargo, sí están formalizados desde el punto de vista procedimental, como ocurre con las conversaciones previas o con las actuaciones de tipo consensual. Con frecuencia ocurre que una figura procedimental con la que se intenta proteger algún derecho o interés es el primer paso para ordenar una actuación informal (*vid.* 6/65-73). La actuación administrativa informal está por encima de la separación entre la teoría de las formas jurídicas y la teoría del procedimiento. Por esto mismo, constituye una prueba de la necesidad de no separar ambas, sino de considerarlas como dos partes igualmente importantes del sistema de la actuación administrativa (*vid.* 6/31).

I. La idea del procedimiento en el Derecho público

99. La idea de que determinadas formas de configurar el procedimiento condicionan la aplicación del Derecho material, por ejemplo, porque pueden llevar a una mayor protección de los derechos e intereses particulares, y, por lo tanto, tienen un significado propio, no es de ahora. Así lo ponen de manifiesto las regulaciones del procedimiento como las que se contienen ya en la normativa expropiatoria del siglo XIX [196]. Sin embargo, durante mucho tiempo no se ha desarrollado esta idea en el Derecho administrativo. Esto se pone de manifiesto en la expresión, habitual hasta hoy, que habla de la "función instrumental del Derecho del procedimiento". Es cierto que esa *serving function* del procedimiento administrativo se subraya también en otros ordenamientos que otorgan al procedimiento una importancia mucho mayor [197]. Sin embargo, estos ordenamientos le atribuyen consecuencias menos importantes y permiten que el procedimiento mantenga su significado propio: *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* [198]. En el Derecho alemán, sin embargo, la idea de la función instrumental del procedimiento, junto a la especial importancia que se atribuye normalmente a la intención material del legislador, dan lugar a una minusvaloración del Derecho procedimental,

[196] *Vid.* FRENZEL, *Staat*, 1979, pp. 92 ss.

[197] Sobre este tema, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN y KRÄMER, *EuZöR*, 1993, cuaderno especial, p. 99 (101).

[198] En relación con este argumento, *vid.* DE SMITH, WOLF y JOWELL, *Judicial Review*, p. 500; cfr. también CRAIG, *EuZöR*, 1993, cuaderno especial, p. 55 (57).

que no se corresponde con el significado propio del procedimiento. Ciertamente el procedimiento debe servir para *garantizar* una correcta aplicación de la Ley. Pero no es ésa su única función. Un análisis de los procesos de aplicación de la Ley muestra que incluso las decisiones regladas dejan ámbitos considerables de elección (*vid.* 4/38-42). Es justo aquí donde tiene que operar la función específica del procedimiento [199] *.

1. *La importancia del procedimiento para el Derecho administrativo: sus distintos niveles*

100. Los procedimientos administrativos desempeñan un papel muy importante para la construcción del Derecho administrativo por dos razones: por un lado, son fenómenos concretos, y, por otro, proporcionan un esquema de ordenación. En cuanto al primer aspecto, se trata de articular correctamente las reglas procedimentales contenidas en las Leyes y referidas, entre otras materias, a la competencia, las partes o la notificación y publicación. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático es más importante la función del procedimiento como esquema ordenador. Los procedimientos son procesos divididos en fases específicas, que señalan los distintos puntos clave en el procesamiento de la información, marcan los momentos de inflexión en los que se decide la trayectoria de todo el proceso, y evidencian la necesidad de reglas que garanticen la neutralidad, la eficacia y la regularidad de la acción administrativa.

101. Comparando las distintas ramas del Derecho, se pueden identificar tres formas o niveles de concebir el procedimiento y su regulación jurídica, caracterizados por la distinta función que se atribuye al propio procedimiento, y que dan lugar a su vez a tres tipos ideales de procedimiento [200]:

[199] Cfr. Hagenah, *Prozeduraler Umweltschutz*, pp. 40 ss.

* *N. del T.*: El autor plantea aquí el contraste entre dos formas de entender el procedimiento administrativo, una identificada con el Derecho continental y otra con el anglosajón. La primera considera que lo más importante es la aplicación correcta de la Ley a los casos concretos, es decir, la legalidad material de los actos administrativos (y de las demás formas de actuación de la Administración). Mientras esa legalidad material esté garantizada, las posibles irregularidades del procedimiento tienen una importancia menor y de hecho se suelen considerar no invalidantes. En cambio, la visión del procedimiento que el texto identifica como propia de los Derechos anglosajones sostiene que las decisiones administrativas no pueden ser legales o correctas al margen del procedimiento, sino que, más bien, se legitiman entre otras cosas gracias a que han sido adoptadas tras la tramitación correcta del procedimiento legalmente establecido, lo que puede llevar a que se reconozcan con más facilidad efectos invalidantes a las ilegalidades procedimentales.

[200] Sobre el tema que se desarrolla a continuación *vid.* Cassese, *EuZöR*, 1993, cuaderno especial, pp. 15 ss., que toma como punto de partida la existencia de dos tendencias contrapuestas en el Derecho del procedimiento administrativo: por un lado, la que lleva a acentuar los rasgos parajudiciales del procedimiento, y otra que fortalece su función política.

— El primer tipo está constituido por los procedimientos administrativos que se producen *alrededor de la formalización de conflictos* judiciales, como son los procedimientos de recurso, tanto ante el mismo órgano que dictó el acto como ante un órgano superior. Históricamente, esos procedimientos han sido a veces el antecedente de la justicia administrativa en sentido propio [201], del mismo modo que, en la dirección contraria, las garantías aplicadas en los procedimientos administrativos se han tomado de la regulación de los procesos judiciales, normalmente de los procesos civiles. Hoy esta clase de procedimientos constituyen normalmente una fase previa al proceso judicial, obligatoria en unos casos y facultativa en otros [202]. El art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuando garantiza el derecho a un recurso efectivo a una instancia nacional, se está refiriendo a esta clase de procedimientos, que son procedimientos contradictorios dirigidos al control *a posteriori* de la acción administrativa. Se puede denominar *jurisdiccional* a este tipo de procedimiento. Se estructuran en torno a un esquema de confrontación y constituyen, desde un punto de vista histórico, un estrato antiguo en la concepción del procedimiento.

— El procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar *a priori* el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la Administración prepare con cuidado sus decisiones. Los destinatarios de las resoluciones o quienes han iniciado el procedimiento presentando una solicitud tienen la oportunidad de defender sus intereses eficazmente. Este segundo tipo de procedimiento se configura con elementos típicos como el derecho de audiencia y vista del expediente y el deber de asesoramiento e información de la Administración, pero también con deberes de colaboración de los interesados, por ejemplo, en el esclarecimiento de los hechos. Es un procedimiento *preventivo* y dirigido a la *garantía de los derechos*. La relación jurídica procedimental no supone necesariamente una confrontación, pero sigue siendo una relación bilateral, en la que los terceros intervienen normalmente sólo si son llamados a ella (§ 13 VwVfG) *.

[201] *Vid.* Schmidt-Assmann, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, introducción, núm. marg. 71.

[202] Sobre este tema, *vid.* D. Oppermann, *Funktion des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens*.

* *N. del T.*: El § 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)* regula la figura de los interesados en el procedimiento. Son interesados el solicitante, la persona contra la que se dirige la solicitud, así como el destinatario del acto o el sujeto con el que la Administración se dispone a celebrar un contrato de Derecho público (es decir, un contrato sobre el ejercicio de potestades administrativas o relativo a la emisión

— Pero también se puede hablar de procedimiento administrativo en un sentido mucho más amplio. En los procedimientos de este tercer tipo se trata de resolver situaciones en las que se entrecruzan múltiples intereses. Esto ocurre, por ejemplo, en los procedimientos dirigidos a la aprobación de normas reglamentarias o en los procedimientos de colaboración entre distintas autoridades. Aunque en estos casos no suele haber posiciones jurídicas individuales que puedan resultar directamente afectadas, es indudable que la forma en que se configuren estos procedimientos tiene una importancia capital si se quiere que el Derecho administrativo esté a la altura de un Estado democrático de Derecho. En estos casos se tramita un procedimiento para que la defensa de los intereses afectados, así como su confrontación y ponderación, sean transparentes, y para que estén representados adecuadamente todos los intereses (*vid.* 3/52-54). Entre los sujetos que son parte en estos procedimientos y que contribuyen al proceso de confrontación entre los distintos intereses en presencia hay que contar a expertos, asociaciones, grupos de interés y a la propia opinión pública. En la doctrina comparada este tipo de procedimiento, definido por su *carácter político*, se opone al procedimiento jurisdiccional [203].

2. *Tendencias contrapuestas*

102. En las últimas tres décadas, la evolución del Derecho administrativo en Alemania se ha caracterizado por una fuerte orientación hacia el procedimiento [204]. Distintas ideas, como la de que el modo de administrar propio de nuestro tiempo es un "conversar con el ciudadano", o la "Administración cooperativa", o el engranaje entre la dirección ejercida desde el Estado y la iniciativa y libertad desde la sociedad, conducen a una procedimentalización del Derecho administrativo. La evolución vivida en Europa manifiesta la misma tendencia: el *due process of law* es un presupuesto básico de la conciencia jurídica común europea. Las recomendaciones del Consejo de Europa en materia de Derecho administrativo se refieren normalmente a cuestiones

de un acto administrativo). También se prevé la posibilidad, aludida en el texto, de que la Administración, de oficio o a instancia de parte, llame en calidad de interesados a otros sujetos cuyos intereses puedan verse afectados por el resultado del procedimiento. Cuando éste pueda tener un efecto constitutivo para los derechos de un tercero, la Administración tiene la obligación de considerarle interesado si lo solicita.

[203] En este sentido, CASSESE, *EuZöR*, 1993, cuaderno especial, p. 15 (19), que recoge una expresión de R. B. STEWART: el procedimiento administrativo como *"a surrogate political process"*.

[204] *Vid.* los trabajos de BROHM y BACHOF en *VVDStRL*, vol. 30, p. 245 (279) y 193 (230 ss.); así como los de WALTER y SCHMIDT GLAESER, *VVDStRL*, 31, pp. 147 ss. y 179 ss.; WAHL y PIETZCKER, *VVDStRL*, 41, pp. 151 ss. y 193 ss.; HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, especialmente pp. 189 ss.; HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, pp. 58 ss.; LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren*; PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung*.

procedimentales [205]. El Derecho comunitario ha establecido también determinados criterios para el procedimiento administrativo (*vid.* 6/108-113). A largo plazo puede decirse que, de todos los sectores del Derecho administrativo, el del procedimiento es el que más se presta a una codificación a nivel comunitario [206]. A fin de ubicar el régimen alemán del procedimiento administrativo en este contexto, es necesario analizar los factores que más influyen sobre él en la actualidad, la "relevancia del procedimiento para los derechos fundamentales" y la "aceleración del procedimiento".

a) La relevancia del procedimiento para los derechos fundamentales

103. El alcance que el procedimiento tiene para la protección de los derechos fundamentales, que es conocido desde hace mucho tiempo, se ha visto subrayado por ciertas decisiones del Tribunal Constitucional Federal, relativas primero al procedimiento judicial y después al administrativo (*vid.* 2/42-43) [207]. Los derechos fundamentales abarcan un ámbito de protección en el que se incluyen, a veces de manera explícita y otras veces incidentalmente, garantías procedimentales. La finalidad de protección jurídica que tienen los derechos fundamentales afecta a la legislación ordinaria reguladora del procedimiento, guiando su aplicación y exigiendo en ciertos casos que sea completada [208]. En especial, las situaciones que afectan a los derechos fundamentales y en las que existen distintos intereses en juego, con situaciones de enfrentamiento entre varios titulares de derechos, exigen el establecimiento de mecanismos de elección entre las diversas alternativas basados en procedimientos dirigidos a la resolución ese conflicto. El *status activus processualis*, que Peter HÄBERLE desarrolló en 1971 como una parte de la teoría de los derechos fundamentales [209], se ha convertido en el elemento más importante de la teoría del procedimiento desde el punto de vista constitucional. Unas cuantas sentencias constitucionales de gran relevancia han recogido estas ideas y se han convertido en puntos de referencia en la construcción de varias instituciones básicas del procedimiento: así, la Sentencia "Mülheim-Kärlich" en lo relativo al derecho a participar en el procedimiento, o la Sentencia

[205] *Vid.*, sobre este punto, las referencias en STELKENS, BONK y SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, introducción, núms. margs. 109 y ss.

[206] Cfr. HARLOW, *ELJ*, 1996, pp. 3 ss.; SCHWARZE, *DVBl*, 1996, pp. 881 ss.

[207] *Vid.* referencias sobre este tema en GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, pp. 57 ss.; HELD, *Grundrechtsbezug*, pp. 68 ss.; KUNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, pp. 373 ss.; STERN, *Staatsrecht*, vol. 3/1, § 69 V, apartados 6 y 7.

[208] Para un tratamiento detallado de esta cuestión, *vid.* DENNINGER, en *HStR*, vol. 5, § 113, núms. margs. 5 y ss.

[209] *Vid.* HÄBERLE, *VVDStRL*, 30, p. 43 (pp. 86 ss.).

"Sasbach" respecto al deber de colaboración [210]. En etapas anteriores, la doctrina del procedimiento administrativo había ido construyendo sus instituciones a partir del principio de Estado de Derecho [211]. Sin embargo, cuando esas técnicas garantistas pasaron a estar respaldadas por los derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia perfilaron con más exactitud su contenido de protección para el ciudadano, y les reconocieron una relevancia mayor. De la misma manera, se dedicó una gran atención a reelaborar la teoría de los vicios del procedimiento desde el punto de vista de los derechos fundamentales, de lo que constituyen una prueba los significativos trabajos de Hermann HILL y Friedhelm HUFEN. Al contrario que la teoría de las formas jurídicas, que continúa siendo estudiada como algo básicamente instrumental, la teoría del procedimiento no se entiende si no se tiene en cuenta este acento que se ha puesto en su significación para los derechos fundamentales. El acento se pone, como corresponde a esta orientación hacia los derechos fundamentales, en la protección de los derechos individuales. Rara vez se supera esta perspectiva de las posiciones jurídicas individuales.

104. No siempre se tiene suficientemente en cuenta que los procedimientos administrativos son esquemas de actuación en los que el valor de los elementos individuales que los componen sólo se puede aclarar en una valoración de conjunto (*vid.* 2/43). Por lo tanto, de una consideración aislada no pueden deducirse conclusiones sólidas acerca de cuáles son las exigencias que los derechos fundamentales plantean al procedimiento administrativo, y qué innovaciones es necesario introducir para ser consecuentes con ese valor reforzado de los derechos fundamentales en cuanto garantías [212]. Por la misma razón, no es correcto deducir del hecho de que una decisión administrativa afecte a derechos fundamentales, la consecuencia de que todas las normas que regulan el procedimiento que es necesario tramitar antes de adoptar esa resolución estén creando derechos subjetivos. El hecho de que el procedimiento administrativo sea relevante desde la perspectiva de los derechos fundamentales no puede usarse para justificar la introducción desde el Derecho administrativo de un "efecto retardatario" sobre la acción administrativa (*vid.* 1/32). No es fácil integrar las exigencias de la antigua manera de pensar orientada sobre el Derecho material y de la nueva orientación más centrada en el procedimiento. Si se tiende a ampliar al máximo las posibilidades de control judicial sobre el fondo de la acción administrativa, en virtud del art. 19.4 de la GG, es difícil reconocer al procedimiento un valor propio. El

[210] *BVerfGE,* 53, 30 (62 y ss.) y 61, 82 (109 y ss.).

[211] Sobre esta cuestión, *vid.* LAUBINGER, *VerwArch*, 1982, pp. 60 ss.; KUNIG, *Rechtsstaatsprinzip*, pp. 216 ss.

[212] *Vid.* una acertada crítica por este motivo en DOLDE, *NVwZ*, 1982, pp. 65 ss.; también está de acuerdo en las conclusiones DENNINGER, en *HStR*, vol. 5, § 113, núm. marg. 9.

procedimiento despliega toda su importancia precisamente en aquellos ámbitos en los que el control judicial material queda reducido a un control sobre la ponderación de intereses y bienes jurídicos (*vid.* 4/67, 129).

b) La aceleración de los procedimientos

105. La idea de la aceleración de los procedimientos (*vid.* 2/30-31) supone, en cierto modo, una tendencia opuesta a la que acabamos de examinar. También aquí encontramos muchas reflexiones acertadas, acompañadas, sin embargo, de alguna exageración en ciertas posiciones. Es cierto que los procedimientos son una parte de la acción administrativa en cuanto sistema, y que los fines que persiguen deben enmarcarse dentro de ese sistema. Por lo tanto, el procedimiento, orientado a garantizar que la decisión se adopte tras un análisis exhaustivo de la información disponible y atendiendo equilibradamente a los distintos intereses afectados, debe concluirse en un plazo y a un coste razonables. La regulación del procedimiento no puede servir para que la Administración vaya posponiendo la adopción de decisiones incómodas. El mandato de eficacia, que deriva del principio de Estado de Derecho (*vid.* 2/30), impone a la Administración el deber de tramitar el procedimiento en un plazo y a un coste moderados. En este sentido, no carece de algún fundamento la crítica que se ha hecho a la conducta práctica de las Administraciones y a la dogmática jurídica, en el sentido de que en etapas anteriores no han atendido suficientemente a este aspecto de la acción administrativa [213].

106. Las llamadas Leyes de aceleración aprobadas en el otoño de 1996 marcan un cambio de tendencia. Merece todos los elogios que los §§ 10, en su nueva redacción, y 71b (añadido) de la VwVfG (Ley Federal de Procedimiento Administrativo) establezcan claramente que los procedimientos deben tramitarse sin dilaciones. También hay que valorar positivamente las innovaciones procedimentales dirigidas a acelerar el trabajo conjunto de distintos órganos y Administraciones, como el llamado "procedimiento estrella" y las reuniones conjuntas a petición del solicitante (§§ 71d y 71e) *, así como la intro-

[213] Sobre este particular, *vid.* BULLINGER, *JZ*, 1994, pp. 1129 ss.; en el mismo sentido, SCHLICHTER, *DVBl*, 1995, p. 173 (174).

* *N. del T.:* El "procedimiento estrella" está regulado en el § 71d, y consiste en que, en los procedimientos para el otorgamiento de autorizaciones en los que deban participar, además del órgano competente para la concesión de la autorización, otros órganos encargados de la tutela de intereses públicos, el órgano competente, de oficio o, especialmente, a petición del solicitante, deberá solicitar a todos los demás órganos que presenten sus alegaciones de manera simultánea y dentro de un plazo determinado, de tal manera que las alegaciones presentadas fuera de plazo sólo serán atendidas en los supuestos excepcionales que enumera el apartado 2 del parágrafo.

ducción de plazos para la presentación de alegaciones y para la tramitación, *la fijación de un plazo de preclusión en el procedimiento* de aprobación de planes (§ 73 VwVfG) y la previsión de un procedimiento simplificado para su aprobación final, por ejemplo, en forma simplificada (§ 74 VwVfG) *.

Sin embargo, las normas aceleradoras pecan de precipitación. Se basan en una valoración demasiado unilateral de los intereses en presencia. Cuando el legislador incide sobre las bases del ordenamiento administrativo, como han hecho las Leyes de aceleración respecto al procedimiento y al proceso administrativos, surge la necesidad de una reflexión crítica, que se plantee si esas innovaciones permiten a la larga una evolución equilibrada [214]. Si, por un lado, los procedimientos administrativos no deben dificultar excesivamente el control judicial posterior, tampoco pueden servir para desplazar la responsabilidad a los Tribunales (*vid.* 6/129). Los procedimientos deben procurar un trato adecuado e igual a los distintos interesados y facilitar la eficacia de la acción administrativa. Dentro del respeto a estos dos mandatos, el legislador dispone de un amplio margen de configuración. Sin embargo, algunas modificaciones legislativas de signo acelerador corren el peligro de rebasar ese marco. Hasta ahora solía ser en el ámbito de los reglamentos locales donde el legislador intentaba reducir la eficacia invalidante de los vicios del procedimiento, y en este sentido se han criticado las reiteradas intervenciones del legislador en materia urbanística tendentes a establecer un régimen especial para los planes urbanísticos y las ordenanzas locales relativas a este sector [215]. También las Leyes de aceleración más recientes ponen el acento en los vicios del procedimiento. Con ello están afectando a un punto extraordinariamente sensible, porque las normas reguladoras del procedimiento ven reducida su eficacia si su vulneración carece de consecuencias jurídicas. El legislador dispone, ciertamente, de un margen de elección a la hora de establecer la sanción de los vicios del procedimiento [216]. Sin embargo, cuando se establece un régimen en el cual la consecuencia de la ilegalidad de los actos se aleja de manera importante de las reglas ordinarias, no sólo queda en entredicho la eficacia vinculante de la

---

Por su parte, el § 71e establece que el órgano competente para dictar la resolución deberá convocar, a petición del solicitante, una reunión conjunta de todos los órganos interesados y del propio solicitante.

* *N. del T.:* El § 74 se ocupa de la aprobación final de los planes, y establece un procedimiento ordinario, que finaliza con una resolución denominada *Planfeststellungsbeschluß*, y otro simplificado, que termina con otro tipo de resolución, que se llama *Plangenehmigung* (literalmente, autorización de plan), al que se hace referencia en el texto.

[214] Sobre los temas que se desarrollan a continuación, *vid.* BONK, *NVwZ, 1997, p. 320* (322 ss.); se habían pronunciado ya antes en el mismo sentido WAHL y PIETZCKER, en *VVDStRL*, 41, pp. 151 ss. y 193 ss.

[215] Sobre esta cuestión, MORLOK, *Folgen von Verfahrensfehlern*, pp. 24 ss.; SCHOCH, *NVwZ*, 1990, p. 801 (pp. 806 ss.).

[216] En detalle, HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 332 ss.

norma procedimental vulnerada, sino también la propia vinculación de la Administración a la Ley. Mientras que las matizadas reglas que se contenían hasta ahora en los §§ 45 y 46 de la VwVfG podían considerarse unas decisiones aceptables, resultado de la ponderación de los intereses y valores en juego, su nueva redacción sólo resulta admisible (teniendo en cuenta también la perspectiva comunitaria, *vid.* 6/113) si se hace una interpretación restrictiva [217] *.

---

[217] En este mismo sentido, BONK, *NVwZ*, 1997, p. 320 (pp. 324 ss.). De todas formas, la nueva *redacción del § 46 permite tomar como referencia no* ya la corrección material del acto, sino la influencia del vicio procedimental sobre el procedimiento en su conjunto, lo que permite apartarse en alguna medida de esa visión centrada en el Derecho material y que contempla al procedimiento como algo exclusivamente instrumental.

* *N. del T.:* El § 45 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)* dispone:

«*Convalidación de vicios de procedimiento y de forma.*

1. La vulneración de una norma de procedimiento o de forma, que no dé lugar a la nulidad de pleno derecho del acto administrativo en virtud del § 44, será irrelevante en los siguientes casos:

1) Si la solicitud que es necesaria para el dictado del acto se presenta posteriormente.
2) Si la motivación preceptiva se aporta con posterioridad.
3) Si la audiencia, legalmente exigida, de un interesado se lleva a cabo con posterioridad.
4) Si el acuerdo de una comisión, cuya participación es preceptiva para el dictado del acto, se adopta con posterioridad.
5) Si la participación preceptiva de otro órgano administrativo se lleva a cabo con posterioridad.

2. Las actuaciones a que se refiere el apartado 1 se pueden llevar a cabo hasta la conclusión del proceso judicial.

3. Si la omisión de la motivación o del trámite de audiencia a un interesado antes del dictado del acto administrativo ha dado lugar a que se haya dejado transcurrir el plazo para impugnar el acto, el agotamiento del plazo se considerará no culpable. En este caso, se entenderá que el hecho relevante para la reapertura del plazo, de acuerdo con el § 32.2, se produce en el momento en que se lleve a cabo la actuación procedimental omitida».

El § 46 dispone lo siguiente:

«*Consecuencias de los vicios de procedimiento y de forma.*

La vulneración de normas relativas al procedimiento, la forma o la competencia territorial no es motivo suficiente para la anulación de un acto administrativo que no sea nulo de pleno derecho *en virtud del* § 44, si es evidente que la vulneración no ha influido en el contenido de la decisión».

Las reformas legislativas a que se hace referencia en el texto, dirigidas a acelerar y simplificar los procedimientos administrativos, en especial los que suponen requisitos para la ejecución de infraestructuras o para la materialización de inversiones y proyectos privados, han aumentado notablemente, en líneas generales, las posibilidades de subsanación y han reducido la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento y de forma.

Esta reforma, de 1996, se concreta en dos puntos. En el § 45.2, antes de la reforma, la subsanación sólo podía producirse hasta la resolución del recurso administrativo o, en el caso de que no se presentara un recurso administrativo, hasta la interposición de la demanda judicial contencioso-administrativa. En segundo lugar, el § 46 disponía, antes de la reforma, que en relación con los vicios que no fueran de nulidad de pleno derecho y que afectaran a la forma, el procedimiento o la competencia territorial no producirían efecto invalidante «si no se hubiera podido tomar ninguna otra decisión en cuanto al fondo», mientras que ahora el precepto dice que los vicios no producirán efecto invalidante «si es evidente que la vulneración no ha influido en el contenido de la decisión».

II. Desarrollos impulsados por el Derecho comunitario

107. El procedimiento administrativo es actualmente el sector jurídico más influido por el Derecho comunitario. No se trata aquí de modificaciones concretas o de la necesidad de garantizar una ejecución unitaria del Derecho comunitario en todo el territorio de la Unión. El Derecho comunitario tiende más bien a un cambio de la concepción del procedimiento tradicional en el Derecho alemán, y en particular de dos de sus elementos más importantes, como son la importancia que se da a la protección de los derechos individuales y el valor accesorio del procedimiento respecto al Derecho material (*vid.* 1/58-60).

1. *Ejemplos tomados del Derecho ambiental comunitario*

108. Estos desarrollos aparecen con especial claridad en el Derecho ambiental, que, debido a las dificultades que experimenta en su ejecución, recurre, junto a los mecanismos de ejecución tradicionales, a toda la gama de instrumentos de intervención [218]. Así, en este campo se han explorado con especial intensidad las formas de actuación cooperativa, con participación de todos los interesados, así como la intervención a través de técnicas que reconducen la resolución de los problemas ambientales al ámbito de acción y de responsabilidad de los particulares [219]. En ambos casos se trata de figuras condicionadas por el procedimiento. Los dos presupuestos más importantes de un "Derecho ambiental centrado en el procedimiento" son una opinión pública bien informada y la tendencia hacia la privatización del procedimiento [220].

a) La idea de una opinión pública informada

109. Esta idea se compone de dos elementos, en cuanto la opinión pública actúa, por un lado, en dependencia del procedimiento, y, por otro, de forma independiente. Un ejemplo representativo de la primera

[218] Esto se manifiesta con todo detalle en el Quinto Programa Comunitario sobre «Un desarrollo sostenible y respetuoso con el medio ambiente»; pueden verse referencias comparatistas en RIEDEL, *Risikomanagement;* también en las intervenciones recogidas en LÜBBE-WOLFF, *Vollzug des Europäischen Umweltrechts.*

[219] Sobre este tema, *vid.* KÖCK, *VerwArch*, 1996, p. 644 (pp. 646 ss.).

[220] Sobre la cuestión desarrollada a continuación, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN y LADENBERGER, en RENGELING, *Handbuch des deutschen und europäischen Umweltrechts* (en prensa), en la voz *"Umweltverfahrensrecht"*, núms. margs. 4 y ss.; cfr. también PERNICE y KADELBACH, *DVBl*, 1996, p. 1100 (1108).

concepción es la Directiva sobre la evaluación de impacto ambiental [221]. Esta Directiva toma como modelo los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones que existen en los Derechos nacionales y las técnicas de publicidad ya conocidas en ellos. Se distingue entre la opinión pública en general y el círculo de los interesados, de modo que, por un lado, se intenta conseguir que al procedimiento se incorpore, en una fase temprana, la mayor cantidad de información posible y las alegaciones de los interesados, y, por otro, se trata de utilizar a la opinión pública como forma de control de la acción administrativa. Partiendo de esta base, la Directiva establece un "procedimiento interno" en varias fases cuya función es permitir que se pongan de manifiesto los intereses ambientales antes de que sean ponderados con otros intereses públicos y privados afectados. Las normas más recientes buscan extender esta participación de la opinión pública a la aprobación de ciertos planes, más allá del campo de las autorizaciones de proyectos con incidencia espacial [222]. De forma coherente, se amplía la participación, de los interesados al conjunto de la opinión pública. Otro elemento en esta misma línea es la obligación que se impone a las Administraciones de publicar la decisión adoptada (obligación que en el futuro se extenderá también a la motivación). La evaluación de impacto ambiental recibe así un nuevo impulso en esta línea orientada al debate y a la discusión.

110. La idea de una opinión pública informada se desarrolla en esa otra vertiente que está al margen del procedimiento administrativo a través de la Directiva sobre información en materia ambiental [223]. En virtud de esa Directiva, cualquiera tiene derecho, sin necesidad de acreditar un interés especial, a acceder a informaciones de tipo ambiental que obren en poder de órganos administrativos o de entidades que realicen funciones públicas en esta materia y que estén sometidos a control administrativo. Frente a la denegación de las solicitudes de información debe establecerse un recurso ante un órgano judicial o administrativo. También están relacionadas con la información pública al margen de concretos procedimientos administrativos las normas que obligan a las autoridades a publicar periódicamente informes sobre la situación existente o sobre la aplicación de determinadas medidas.

[221] Directiva CE/85/337.

[222] Propuesta de la Comisión de una Directiva del Consejo relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, de 25 de abril de 1997, *DOCE*, C 129, p. 14. [*N. del T.:* Esa propuesta ha dado lugar a la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente].

[223] Directiva CE/90/113.

b) La privatización del procedimiento

111. Esta tendencia tiene su representación más clara en el reglamento sobre la auditoría ecológica [224]. En él se utiliza una técnica habitual en el Derecho ambiental y que podemos encontrar también en la figura del encargado del medio ambiente en cada empresa. Sin embargo, aquí esta idea se lleva mucho más lejos [225]: se trata de que en las empresas se desarrollen mecanismos de aprendizaje y de autoevaluación. La empresa debe tener en cuenta no sólo la rentabilidad y la viabilidad de sus actuaciones, sino también sus efectos ambientales. De esta forma se intenta flexibilizar el Derecho ambiental, sin necesidad de una intervención estatal directa. Se pretende que sólo en un momento ulterior entren en juego influencias externas, que, por otro lado, también son de tipo privado. La declaración ambiental emitida por la empresa es verificada por expertos ambientales privados. Ni siquiera en la tercera fase, en la admisión e inspección de estos expertos, es decir, en el "control del control", exige el Derecho comunitario necesariamente un procedimiento administrativo, sino únicamente un mecanismo independiente y neutral (art. 6.1, apartado 2, del Reglamento de la auditoría ecológica).

2. *Efectos producidos por estos desarrollos sobre el Derecho alemán del procedimiento administrativo*

112. Al Derecho alemán, que se basa en que la Administración desarrolle una intensa actividad de control sobre múltiples actividades y asuma consecuentemente la responsabilidad sobre el desarrollo de las mismas, no le resulta fácil adaptarse a estas nuevas formas de intervención administrativa a través del procedimiento. Se hacen necesarios cambios en los fundamentos sistemáticos. Así, se han formulado propuestas en el sentido de exigir en el futuro sólo una autorización genérica a las empresas y dejar el resto de las cuestiones para que las resuelvan las propias empresas en el marco de la auditoría ecológica, en lo que puede ser una línea de evolución [226]. Sin embargo, son más realistas otras ideas que tienden a limitar la intensidad del control administrativo en el caso de aquellas instalaciones que se hayan sometido al sistema de la auditoría ecológica. En este sentido, a las empresas que participen en este sistema se les podrían aplicar plazos de vigencia

[224] Reglamento CE/93/1836.

[225] Sobre este tema, *vid.*, por todos, J. P. SCHNEIDER, *DV*, 1995, pp. 361 ss.; KOCK, *VerwArch*, 1996, pp. 644 ss.; PITSCHAS, en LÜDER, *Staat und Verwaltung*, pp. 269 ss.

[226] *Vid.* SCHMITT-KOTTERS, en HOFFMANN-RIEM y SCHNEIDER, *Verfahrensprivatisierung*, p. 31 (pp. 86 ss.).

más largos para las inspecciones periódicas, así como reducir los deberes de comunicación de las variaciones registradas en la empresa [227]. La posibilidad de que procedimientos de tipo jurídico-privado desempeñen una función complementaria está condicionada a que se reduzca el ámbito de aplicación del procedimiento administrativo. Parece que esto despierta todavía una gran controversia, como demuestra la discusión jurídico-política acerca de la mejor manera de configurar el procedimiento de autorización de los expertos ambientales [228].

113. Lo mismo puede decirse de la relación, dentro de la doctrina del Derecho administrativo, entre la manera de pensar más orientada al Derecho material y la que da más importancia al procedimiento (*vid.* 6/99). Dos decisiones del Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) relativas a la evaluación de impacto ambiental en procedimientos de aprobación de planes sirven para ilustrar lo difícil que es que se llegue a un auténtico cambio de tendencia dentro de la relación entre estas dos orientaciones básicas [229]. El Tribunal integra la evaluación de impacto ambiental dentro de la ponderación de intereses que es típica de la potestad de planeamiento. Por lo tanto, la evaluación de impacto ambiental queda convertida en un mero elemento del procedimiento, que forma parte de esa ponderación que la Administración lleva a cabo. El hecho de que se produzcan vicios en la evaluación de impacto ambiental no significa que la ponderación quede viciada, ni siquiera supone un indicio en este sentido. Por lo tanto, sigue estando vigente la manera de pensar tradicional, que parte de la superioridad del Derecho sustantivo y de un control judicial orientado a la legalidad material *. El Tribunal superior administrativo (OVG) de Baviera había empleado, correctamente, la otra manera de entender la evaluación de impacto ambiental, que la ve como una forma de "contribuir al acierto de la decisión a través del procedimiento" [230]. Es dudoso que la tesis del Tribunal Administrativo Federal, que es muy reacio a con-

[227] *Vid.* HOFFMANN-RIEM, *AöR*, 1994, p. 590 (pp. 611 ss.); cfr. también KOCK, *VerwArch*, 1996, p. 644 (680).

[228] *Vid.* LUBBE-WOLFF, *NuR*, 1996, p. 217 (pp. 219 ss.).

[229] *BVerwGE*, 100, 238 (242 y ss.) y 370 y ss.; sobre ellas, *vid.* el útil trabajo de HEIN, *NVwZ*, 1997, p. 422 (pp. 423 ss.).

* *N. del T.:* Las dos sentencias del Tribunal Administrativo Federal confirman la validez de los actos impugnados (sendos proyectos de autovías) y anulan las sentencias apeladas, que habían dado la razón, en todo o en parte, a los recurrentes. El problema es si un vicio en la tramitación de la evaluación de impacto ambiental, o su omisión pura y simple, ocasionan necesariamente la invalidez del proyecto. El Tribunal de instancia había dicho que sí, sobre la base de que la evaluación de impacto es un trámite procedimental que contribuye a la racionalidad de la decisión administrativa final y que no puede ser sustituido judicialmente. El Tribunal federal, en cambio, fiel a un modo de pensar tradicional en el Derecho administrativo alemán, salva las decisiones impugnadas alegando que lo importante es el acierto material de éstas, es decir, la ponderación adecuada de todos los intereses en juego, incluidos los ambientales. La evaluación de impacto ambiental es la forma prescrita para esa ponderación, pero la misma puede haberse producido igualmente de otra forma, y en ese caso no se deberá anular el acto.

[230] *BayVGH, DVBl*, 1994, pp. 1199 ss.

siderar que las distintas fases y figuras procedimentales tengan la función de proteger derechos e intereses particulares, permita satisfacer las exigencias del Derecho comunitario [231]. El Tribunal de Justicia dice, utilizando una fórmula muy abierta, que los Tribunales nacionales deben garantizar la "eficacia plena" del Derecho comunitario (*vid.* 7/21-23), y no es seguro que la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) encaje aquí. Además, las Leyes de aceleración del procedimiento reducen aún más su importancia jurídica (*vid.* 6/106), en contradicción con esa tendencia procedimentalista del Derecho comunitario. Ahora bien: no se puede intentar solucionar este problema pretendiendo que el Derecho administrativo reconozca la máxima eficacia al procedimiento y *también* al Derecho material. Si se quiere dotar de más eficacia a las normas procedimentales del Derecho comunitario, es preciso someter a revisión un tema esencial como es la intensidad del control judicial de la actividad administrativa. Mientras se siga entendiendo que los Tribunales administrativos deben revisar, en principio, el fondo de las decisiones administrativas y comprobar si son materialmente correctas, será difícil que el procedimiento administrativo deje de ocupar una "función instrumental" (*vid.* 4/73).

III. La comprensión sistemática de la teoría del Derecho procedimental

114. El Derecho del procedimiento administrativo, lo mismo que cualquier otra institución jurídica, debe estructurar los fenómenos de la vida social mediante su división analítica y la introducción de distinciones que les den forma. Sin embargo, el procedimiento se caracteriza por que sus distintos elementos y esquemas sólo pueden actuar de manera conjunta. Toda la doctrina jurídica del procedimiento debe estar marcada por ese pensar en el conjunto.

1. *Enfoques de regulación y formas de construcción*

115. En primer lugar, los hechos se dividen desde un punto de vista personal, material y temporal [232]. Los sujetos del procedimiento, el objeto del procedimiento y el desarrollo del procedimiento, cada uno de ellos con sus correspondientes problemas que reclaman una regulación, constituyen así los núcleos sobre los que se debe reflexionar a fin de establecer las consecuencias jurídicas apropiadas. Aquí desarrollan su eficacia como reglas informadoras y como fuente de preceptos

[231] *Vid.* PERNICE y KADELBACH, *DVBl*, 1996, p. 1100 (1108), y también STEINBERG, *AöR*, 1995, p. 549 (585).

[232] Sobre este punto, y lo que sigue en el texto, *vid.* WOLF y BACHOF, *Verwaltungsrecht III*, § 156; así como HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 227 ss.

jurídicos los dos principios del procedimiento, *audiatur et altera pars* y *nemo iudex in causa sua.* Son la expresión de una idea de justicia procedimental que está profundamente arraigada en la conciencia jurídica europea, y de la que proceden múltiples reglas procedimentales concretas (*vid.* 7/37). Elementos típicos de la regulación jurídica del procedimiento son el establecimiento de fases sucesivas, los derechos y obligaciones de los interesados, los principios del procedimiento y de la carga de la prueba, así como un sistema de sanciones, en referencia sobre todo a los medios de prueba inadmisibles y a las consecuencias jurídicas de los vicios del procedimiento. Junto a ello existe un elemento dinámico constituido por la competencia para la tramitación del procedimiento y la discrecionalidad (*vid.* 4/53).

116. Los fines del procedimiento son importantes en su conexión (*vid.* 6/101). Entre estos fines se encuentran la tutela de concretos interesados, proporcionar a la Administración unas bases correctas para la toma de sus decisiones, la puesta de manifiesto de los intereses de un amplio grupo de sujetos, proporcionar información a la opinión pública y estimular su participación, la simplificación de la acción administrativa al establecer una rutina de actuación, así como el acuerdo entre distintas autoridades administrativas [233]. Según cuál sea el fin que se persigue, habrá que utilizar y combinar de distinta manera los elementos del procedimiento, estableciéndose en los casos concretos "combinaciones procedimentales" específicas [234]. Aquí no se van a desarrollar los distintos pasos que van formando desde el punto de vista teórico la doctrina general del procedimiento. Destacaremos a continuación, simplemente, tres elementos estructurales, las fases del procedimiento, la relación jurídica procedimental y el papel de la opinión pública en el procedimiento.

a) Las fases del procedimiento

117. En su versión más sencilla, el procedimiento se divide en las fases de iniciación y preparación, adopción y comunicación de la resolución. Los procedimientos administrativos más complejos subdi-

[233] En un sentido similar, WAHL, *VVDStRL*, 41, p. 151 (157); en detalle, HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 199 ss. En el Derecho francés se mencionan como funciones del procedimiento, de forma similar, la tutela jurídica de los interesados, el proporcionar a la Administración información acerca de la decisión que debe adoptar, o la simplificación administrativa, cfr. AUBY, *Recueil Dalloz*, 1956; *Chronique*, p. 27. Sobre el Derecho británico, *vid.* DE SMITH, WOLF y JOWELL, *Judicial Review*, p. 375: «An important concern of procedural justice is to provide the opportunity for individuals to participate in decisions that affect them. Another is to promote the quality, accuracy and rationality of the decision-making process. Both concerns aim at enhancing the legitimacy of that process».

[234] Este concepto es estudiado, con distintos ejemplos, por HAGENAH, *Prozeduraler Umweltschutz*, pp. 58 ss.

viden esas fases básicas, creando niveles intermedios y conexiones entre una fase y otros momentos anteriores. Así ocurre con los procedimientos de aprobación de planes, de evaluaciones de impacto ambiental y de normas reglamentarias. A través de la previsión de distintas fases se intenta ordenar el flujo de información, dotándolo de estabilidad por medio de normas de preclusión y a la vez permitiendo excepcionalmente la reapertura de fases y procedimientos para hacer posible la adaptación a las exigencias de la realidad. Las informaciones especialmente sensibles, como las que afectan a la intimidad o a la marcha de una empresa, se protegen aún más por medio de reglas que actúan como diques, por ejemplo, limitaciones al acceso al expediente o prohibiciones de transmitir a terceros la información obtenida en dicho acceso (*vid.* 6/8). Por otro lado, las distintas fases deben estar vinculadas con vistas a la decisión final. En los procedimientos más complejos, la regulación no se limita a recordar esto, sino que establece de qué modo va avanzando el proceso de recolección y selección de informaciones de unas fases a otras. Los plazos de tramitación para cada fase establecen un orden temporal en el procedimiento entendido como conjunto de elementos.

118. En un sentido aún más amplio, Wolfgang HOFFMANN-RIEM ha dividido la acción administrativa en doce categorías [235]: identificación del problema, elección del procedimiento, averiguación de los hechos, concreción de los parámetros relevantes, imputación, elección de opciones, determinación de los instrumentos, justificación, ejecución, control, revisión y extracción de posibles enseñanzas. Esta división no pretende reflejar el modo en que se desarrollan los acontecimientos en la realidad. Más bien se trata de fijar unos cuantos momentos relevantes desde el punto de vista del órgano competente para decidir, que forman un procedimiento "interno" [236], al objeto de establecer cuáles son las funciones de cada uno de esos momentos y qué tratamiento jurídico necesitan. Operando de esta forma, la construcción del Derecho administrativo como un orden sistemático tiene más presente la perspectiva procedimental que cuando se maneja la división usual de las fases del procedimiento. Si se analizan los procedimientos administrativos de diversos sectores importantes, como la autorización de productos farmacéuticos o la biotecnología, se encuentran numerosos preceptos que se refieren, en su sector concreto, a uno de esos momentos identificados en el modelo. De esta forma se puede analizar si esos preceptos son adecuados para otros sectores, y en su caso integrarlos en el Derecho del procedimiento administrativo en general. Sobre todo es muy importante que la teoría del procedimiento incorpore también las fases de la ejecución, el control, la revisión y la refle-

[235] En HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 9 (pp. 29 ss.).

[236] Sobre el concepto de procedimiento "interno", *vid.* HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 286 ss.

xión sobre lo actuado para extraer posibles enseñanzas. Esas fases ponen de manifiesto que los distintos procedimientos no pueden ser examinados de manera aislada ni considerar que han agotado todos sus efectos una vez que se han concluido. Existen distintas razones, como la inseguridad de los conocimientos disponibles cuando se manejan factores de riesgo, o la rápida evolución de la situación social y económica, en el campo de la Administración prestacional y del Derecho económico, que exigen que cada procedimiento disponga de un margen de flexibilidad (*vid.* 3/43). En consecuencia, los procedimientos deben servir, no sólo para cumplir sus funciones tradicionales, sino también para facilitar la capacidad de aprendizaje de la Administración y para dar un impulso a la innovación [237].

b) La relación jurídica procedimental

119. Otro elemento estructural de la teoría del procedimiento es la relación jurídica procedimental [238]. Ésta desplaza la atención hacia los puntos de contacto entre los sujetos del procedimiento (*vid.* 6/39-40). La relación jurídica procedimental puede desarrollarse más allá de la duración del procedimiento. Un procedimiento puede estar constituido por varias relaciones jurídicas o por varios haces de relaciones. Las relaciones jurídicas se componen de derechos, potestades, deberes y cargas, cuyo fundamento inicial tiene que estar en la Ley. En el marco de esos preceptos legales que constituyen el supuesto de hecho del que surge la relación procedimental, ésta constituye un elemento para la interpretación sistemática y teleológica. No sólo eso, sino que la idea de la relación jurídica puede dar lugar a obligaciones accesorias en el marco del procedimiento [239], que también afectan, como cargas, a los particulares interesados, sin necesidad de una previsión legal expresa [240]. Por el contrario, las obligaciones en sentido estricto, cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente, y las medidas desfavorables en respuesta a determinados comportamientos, como, por ejemplo, el establecimiento de plazos de preclusión, exigen un fundamento legal en todo caso.

[237] Sobre este tema, *vid.* HOFFMANN-RIEM, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, p. 9 (pp. 60 ss.); LADEUR, *ibid.*, p. 111 (pp. 122 ss.).

[238] En relación con este punto, *vid.* HILL, *Fehlerhaftes Verfahren*, pp. 271 ss.; STELKENS, BONK y SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 9, núms. margs. 5 y ss.

[239] Sobre esta cuestión, *vid.* una detallada exposición en STELKENS, BONK y SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 9, núms. margs. 21 y ss.; BAUER, *DV*, 1992, p. 301 (pp. 321 ss.); con más reservas, VON DANWITZ, *DV*, 1997, p. 339 (pp. 350 ss.).

[240] Así, la sentencia recogida en *BVerwGE*, 69, 46 (47 y ss.) proclama, en el marco de la relación jurídica que se traba al tomar parte en un examen, y a partir del principio de buena fe, el deber de reclamar sin dilaciones injustificadas si se produce una perturbación en el examen.

120. La relación jurídica procesal alcanza una especial relevancia en situaciones en las que se da un enfrentamiento multilateral de intereses *, cuya ponderación y ordenación se lleva a cabo a través de decisiones administrativas de gran complejidad (*vid.* 3/83-85). La regulación jurídica del procedimiento debe garantizar un correcto equilibrio de estos intereses particulares enfrentados, teniendo presente lo que el Derecho material establezca para la resolución del conflicto [241]. Esto ha llevado a la configuración de distintos procedimientos-tipo: así, han suscitado especial interés en el Derecho administrativo los procedimientos de concesión de autorizaciones de tipo territorial y de tipo local, sometidos respectivamente al procedimiento de aprobación de planes y al de autorización de instalaciones. La relación jurídica procedimental sirve para traducir la idea de "igualdad de armas" entre los distintos particulares interesados, en concretos derechos y deberes en relación con la participación en el procedimiento.

121. A partir de ahora, estas situaciones caracterizadas por la confluencia de una pluralidad de intereses enfrentados serán objeto de un segundo procedimiento-tipo: el procedimiento de asignación de recursos en el marco de la ordenación del mercado (*vid.* 3/5), por ejemplo, los procedimientos de concurso y subasta de licencias y frecuencias en materia de telecomunicaciones, regulados en los §§ 11 y 47 de la TKG *(Telekommunikationsgesetz)* [242]. El concepto de relación jurídica procedimental puede servir aquí para imponer al órgano competente deberes adicionales, como, por ejemplo, el de informar puntualmente del resultado de un procedimiento selectivo o de concurrencia antes de proceder a la ejecución de la resolución que se adopte [243]. Lo mismo se aplica a los supuestos en que la Administración tiene la intención de transmitir a terceros información calificada de confidencial. También aquí es necesario informar al tercero antes de que se transmita la información. En este punto es claramente necesario establecer un procedimiento incidental para aquellos casos en que se produzca un claro conflicto entre la protección de datos secretos y el derecho de acceso al expediente, un procedimiento con plazos cortos para presentar alegaciones y en el que la posibilidad de recurso judicial se limite a una instancia. Algunas experiencias extranjeras que han pre-

* *N. del T.:* El autor se refiere aquí a situaciones, similares a las que en Derecho español se conocen como procedimientos triangulares, en las que no sólo están presentes el interés público representado por la Administración frente al interés de un solo particular, sino que por el lado privado existe una pluralidad de intereses particulares opuestos entre sí.

[241] En este sentido, SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 495 ss.

[242] Sobre este punto, *vid.* SCHERER, *NJW*, 1996, p. 2953 (pp. 2957 ss.).

[243] En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (en *sala*). *DVBl*, 1989, p. 1247 (1248), sobre las relaciones jurídicas en el marco de un procedimiento de concurrencia competitiva en materia funcionarial; también SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen*, pp. 515 ss.

visto un procedimiento *in camera* pueden servir como punto de referencia [244].

c) La opinión pública

122. También el Derecho alemán prevé fórmulas que permiten la participación de la opinión pública. Se trata normalmente de una participación vinculada a un procedimiento administrativo (*vid.* 2/108-109). Pero el Derecho comunitario da a esa participación un giro al convertirla en vehículo de la transparencia administrativa y en un medio de control de la Administración (*vid.* 1/60; 6/109-110). Se trata de lograr que el procedimiento sirva para contribuir a la mayor racionalidad de la acción administrativa, trascendiendo la simple defensa de derechos e intereses particulares. Desde un punto de vista crítico, es necesario preguntarse si esa mayor información sirve realmente para mejorar el procedimiento o más bien para bloquearlo. Para que el resultado sea positivo, es necesario reconocer a la Administración un margen de apreciación más amplio, dado que se ve obligada a adoptar decisiones en condiciones en que la información disponible no permite llegar a conclusiones seguras [245]. Por otro lado, es necesario mejorar la forma en que está organizada la participación de la opinión pública. La práctica de las informaciones públicas en los procedimientos de aprobación de planes muestra que son poco accesibles. Para completarla se debería introducir una fase previa de ordenación con técnicas de resolución de conflictos (*vid.* 6/73), por ejemplo, en los procedimientos que tienen un componente científico relevante [246].

123. Si se echa mano de la opinión pública como técnica de control, hay que plantearse en qué medida se ve afectado el sistema de división de poderes. La opinión pública no es equiparable a uno más de los poderes estatales tradicionales e institucionalizados. Su forma de actuar se caracteriza precisamente por ser espontánea y no estar organizada. Éstas son sus ventajas, pero también sus inconvenientes: la opinión pública pasa a ocuparse de ciertos asuntos políticos y de unas cuestiones determinadas, de forma un tanto casual y sin que se pueda prever por cuánto tiempo va a mantener su interés. Por eso,

[244] Sobre este procedimiento, *vid.* GURLIT, *Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht*, pp. 201 ss. y 242 ss.

[245] Se pronuncia expresamente en este sentido LADEUR, en ROSSNAGEL y NEUSER, *Reformperspektiven*, p. 171 (pp. 182 ss.).

[246] Sobre las posibles ventajas de la llamada "mediación de datos", cuya función consiste en la clasificación y procesamiento metódico de los daños disponibles, *vid.* OZAWA y SUSSKIND, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. I, pp. 177 ss. Sobre la función de la opinión pública en las cuestiones relativas a la gestión de situaciones de riesgo, cfr. también el informe sobre el debate, elaborado por LORZ, en RIEDEL, *Risikomanagement*, p. 221 (pp. 221 ss.).

para integrar a la opinión pública como elemento de un procedimiento administrativo, es preciso tener en cuenta esas asimetrías que la caracterizan y activar en su caso mecanismos compensatorios, pues en otro caso la participación de la opinión pública sólo servirá para la protección de aquellos intereses que tengan más facilidad para movilizarla. Precisamente la participación de la opinión pública debería servir para que la manifestación de los intereses afectados por la acción administrativa fuera más completa, y no, por el contrario, para producir una selección unilateral o parcial de esos intereses (*vid.* 2/116).

2. *La relación con otros procedimientos*

124. La teoría del procedimiento administrativo no debe limitarse a su estrecho campo de acción, sino que tiene que ocuparse también, desde un punto de vista sistemático, de la relación del procedimiento administrativo general con otros procedimientos.

a) El significado del procedimiento presupuestario de gasto

125. Hablamos aquí de procedimiento de gasto para referirnos a las reglas que, según el Derecho presupuestario federal, de los *Länder* y de los municipios, se aplican a la ejecución de los presupuestos por parte de la Administración. Si nos fijamos en la Ley Presupuestaria Federal (*Bundeshaushaltsordnung*, BHO), se trata, junto a reglas técnicas de tipo presupuestario o contable, de los preceptos relativos a transferencias (§ 44), prestaciones por motivos de equidad (§ 53), concursos públicos (§ 55), ejecución de prestaciones por parte de la Administración antes de recibir la contraprestación pactada (§ 56) y la modificación de contratos y derechos (§§ 58 y 59). También hay que incluir las obligaciones prevista en el § 7 de la BHO sobre el control continuo de la actuación administrativa, inspecciones sobre la eficiencia de los servicios y sobre la tramitación; en determinados casos, de procedimientos dirigidos a que los particulares pongan de manifiesto su disponibilidad a ejecutar en condiciones más favorables determinadas funciones llevadas a cabo por la Administración.

126. El Derecho presupuestario tradicional ha sido criticado en múltiples ocasiones por su escasa eficacia a la hora de exigir a la Administración que ajuste su actuación a criterios de eficiencia. Se basa en unos conceptos propios del cameralismo y claramente inferiores a la contabilidad doble que se aplica en la economía privada [247]. La

[247] *Vid.* Bals, en Henneke, *Steuerung kommunaler Aufgabenerfüllung*, pp. 97 ss.; también la Exposición de Motivos del Proyecto, presentado por el Gobierno, de una Ley para el desarrollo

ineficacia del Derecho presupuestario deriva de que el presupuesto proporciona información sobre cuestiones poco relevantes y además las pone en relación unas con otras de una forma poco adecuada. Por lo tanto, lo que debe cambiarse es la estructura del presupuesto en cuanto fuente de información, puesto que el Parlamento sólo puede intervenir en un sentido o en otro sobre la base de los datos reunidos en el proyecto de presupuestos, que también son la base y los criterios sobre los que deben trabajar los órganos encargados del control contable. Una de las críticas que se hacen a la actual sistemática de los presupuestos es que asigna los ingresos y los gastos a distintos departamentos, de modo que, al separar estas funciones, hace que quien gasta no tenga una conciencia clara del coste de su acción y de su relación con los ingresos. También se recuerda críticamente que el presupuesto sólo refleja los gastos e ingresos presentes, pero no los gastos previstos para momentos futuros, de tal modo que, por ejemplo, se excluyen las pensiones o las amortizaciones, que son el resultado de la pérdida de valor del patrimonio. Por último, se critica que los presupuestos ofrezcan una información demasiado escasa acerca de las prestaciones que la Administración va a ofrecer con los recursos previstos en los capítulos de gasto. Ahora bien: quien no tiene información sobre el gasto que exigen los servicios que presta, no llega a ser consciente de su coste. La modificación del Derecho presupuestario actualmente en marcha pretende introducir ciertas mejoras recurriendo a técnicas del "nuevo modelo de dirección" (*vid.* 1/41-42) *. Se trata de fortalecer la conciencia de responsabilidad de cada órgano administrativo y de cada funcionario, ampliando las posibilidades de traspasar recursos de una partida a otra, yendo hacia un presupuesto global. El legislador parte de la idea de que la descentralización de la ejecución presupuestaria llevará a una mayor motivación e interés a todos los niveles de ese proceso de ejecución. Además, se debe incrementar la transparencia de los costes mediante estudios adecuados sobre la eficiencia de la acción administrativa, así como, en determinados sectores, mediante cálculos de costes y rendimientos. Con ese mismo propósito se establecen mejoras en el control contable (*vid.* 4/82).

127. No se puede mantener la idea de que la regulación del procedimiento presupuestario y la del procedimiento administrativo general constituyen dos ámbitos jurídicos separados. Se trata de dos instituciones cuyo objetivo es garantizar la racionalidad de la acción

del Derecho presupuestario de la Federación y los *Ländern*, publicado en *Bundesrats-Drucksache*, 366/97, pp. 15 ss.

* *N. del T.:* La reforma legislativa a la que se refiere el texto se llevó a cabo finalmente a través de la *Haushaltsrechts-Fortentwicklungsgesetz* de 22 de diciembre de 1997 (publicada en el *Bundesgesetzblatt*, I, p. 3251), que modificó tanto la Ley de Principios Presupuestarios (*Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder*), aplicable a todas las Administraciones, como la Ley Presupuestaria Federal (*Bundeshaushaltsordnung*).

administrativa. Por lo tanto, una teoría jurídica del procedimiento desarrollada de forma sistemática debe incluir ambos sectores. El hecho de que los presupuestos no creen ni extingan, por sí solos, derechos ni obligaciones [§ 3.2 de la Ley de Principios Presupuestarios (HGrG)], *no significa* que el Derecho presupuestario sea únicamente un "Derecho interno", que sólo produzca efectos *ad intra*. La integración del Derecho presupuestario en una construcción global del Derecho del procedimiento tampoco significa que las vulneraciones de sus preceptos tengan que recibir las mismas sanciones que las vulneraciones de normas de procedimiento. Por el contrario, es necesario hacer un análisis singular para ver qué normas del Derecho del procedimiento presupuestario tienen unos efectos que van más allá del procedimiento administrativo, con la consecuencia de que las técnicas de garantía de su eficacia deban ser superiores a las que tienen las normas de procedimiento [248]. Ése es exactamente el camino seguido por el Derecho comunitario de la contratación pública (*vid.* 1/55). El procedimiento de selección del contratista es, en este sentido, un *mixtum compositum*, cuya regulación tiene simultáneamente la función de defender el interés público que consiste en que la Administración obtenga la oferta más económica, y a la vez proteger a los licitantes, de lo que se deduce que sus normas han de poder ser invocadas ante los Tribunales. También es necesario indagar, por ejemplo, en qué medida se puede aplicar la regulación de los vicios del procedimiento contenida en los §§ 44 y siguientes de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) a las reservas de aprobación que se establecen en el procedimiento presupuestario *. Por último, la dogmática de la ponderación de intereses, característica del planeamiento, parece suficientemente flexible como para aplicarla en este ámbito, de tal modo que las vulneraciones más claras de las reglas de eficiencia del § 7 de la Ley Presupuestaria Federal (BHO) ** puedan recibir algún tipo de sanción, y, a la inversa, pueda tenerse en cuenta en la ponderación,

[248] A propósito de esta cuestión, *vid.* VON MUTIUS, *VVDStRL*, 42, p. 147 (pp. 18 ss.); también KIRCHHOF, *NVwZ*, 1983, p. 505 (pp. 511 ss.).

* *N. del T.*: El § 44 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*) regula la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, sobre la base de una cláusula general («Un acto administrativo es nulo si está afectado por un vicio especialmente grave y esta circunstancia es manifiesta, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes»), la enumeración de unos supuestos en que el acto es nulo en todo caso, es decir, al margen de la cláusula general, y otra enumeración de vicios que no producen la nulidad radical. Los §§ 45 y 46 se ocupan de la convalidación y de las irregularidades no invalidantes y han sido transcritos *supra* en otra nota del traductor.

** *N. del T.*: El § 7 de la Ley Presupuestaria Federal (*Bundeshaushaltsordnung, BHO*) proclama los principios de economía y ahorro, que deben tenerse en cuenta en toda decisión de contenido económico. En particular, se obliga a examinar la posibilidad de obtener resultados más económicos mediante privatizaciones, así como a solicitar ofertas a particulares para comprobar si ellos podrían ofrecer prestaciones más convenientes que las ofrecidas por los servicios de la Administración, y también, en determinados casos, a llevar una contabilidad de costes y prestaciones.

como factor favorable a un proyecto, el hecho de que el análisis de coste y rendimiento dé un resultado positivo (*vid.* 4/67).

b) La relación con el procedimiento judicial

128. La relación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial administrativo está dominada por dos ideas contrapuestas: la separación que existe entre estas dos clases de procedimiento, y la relación funcional que existe entre ellos. De acuerdo con el *principio de separación,* ambos procedimientos son diferentes en cuanto a sus funciones, al papel que desempeñan las partes y a su regulación jurídica, pero sobre todo por lo que respecta a la posición del sujeto responsable del procedimiento: en el procedimiento administrativo, la Administración está siempre vinculada a los intereses públicos (al interés público sectorial de que se trate en cada caso) y nunca es neutral, ni siquiera en los procedimientos en los que se enfrentan una pluralidad de intereses privados y le corresponde en cierto modo una función de resolución del conflicto. En cambio, el Tribunal sólo debe perseguir la tutela del ordenamiento jurídico. Incluso cuando su función se reduce a un control objetivo de la acción administrativa, no le corresponde lograr la satisfacción del interés público sectorial de que se trate en cada caso. La acción administrativa y su control se mueven en planos diferentes y tienen perspectivas que no deben confundirse.

129. Por otro lado, el procedimiento administrativo y el judicial están relacionados funcionalmente [249]. Los procedimientos administrativos pueden servir para aliviar la carga de trabajo de los Tribunales. Por otro lado, la previsión de un procedimiento administrativo de especial calidad puede ser un indicio de que la norma ha querido conceder a la Administración en ese ámbito la potestad de "decir la última palabra", de modo que el control judicial ha de ser consecuentemente menos intenso (*vid.* 4/65). De todas formas, en los supuestos en los que el control judicial es de intensidad limitada, sólo en casos excepcionales se exige como contrapartida necesaria un procedimiento administrativo de control de especial entidad [250]. No se puede olvidar, sin embargo, que cuando está en juego la tutela de derechos individuales en el sentido del art. 19.4 GG, ni siquiera el procedimiento administrativo mejor diseñado puede sustituir la tutela judicial. Para otro tipo de controversias, sin embargo, puede preverse legalmente un procedimiento administrativo con formas *quasi* judiciales que dicte una

[249] Sobre esta cuestión, *vid.* el fundamental trabajo de SCHWARZE, *Verwaltungsverfahrensrecht und Rechtsschutz, pass.*; VON MUTIUS, en el *Festschrift für Menger*, pp. 575 ss.

[250] Por lo que respecta al procedimiento de realización de exámenes y pruebas, cfr. las sentencias publicadas en *BVerfGE*, 84, 34 (46 y ss.); *BVerwGE*, 92, 132 (136); también DOLDE, en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Vorb. § 68, núm. marg. 13.

resolución vinculante. La mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, que no se basan en una división tan estricta entre el procedimiento administrativo y el judicial, conocen instituciones de este tipo. El Derecho comunitario ofrece en algunas ocasiones la posibilidad de prever una instancia de este tipo [251], aunque deja a los Estados un margen de acción pequeño a la hora de configurarlas, puesto que, al ser instancias cuyas decisiones no son revisables, deben reunir las características que el propio Derecho comunitario exige para que un órgano pueda plantear cuestiones prejudiciales [252]. Por lo demás, tanto la regulación como la aplicación práctica de ambas formas de procedimiento están presididas por un mandato de atención recíproca: ni el procedimiento administrativo puede hacer imposible o desproporcionadamente difícil el acceso al contencioso, ni el proceso judicial puede desarrollarse de un modo tal que convierta al procedimiento administrativo en un mero examen previo del asunto litigioso.

[251] Así en el art. 2.8 de la Directiva 89/665/CEE y en el art. 2.9 de la Directiva 92/13/CEE.
[252] Sobre estos requisitos, como elementos de un concepto comunitario de Tribunal, *vid.* la Sentencia del TJCE publicada en el *Rec.*, 1966, p. 583 (601 ss.), y *Rec.*, 1997, p. 4961 (párrafos 22 y ss.); así como Ehlers, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, comentario al art. 177 del TCE, en apéndice al § 40, núms. margs. 12 y ss.

CAPÍTULO SÉPTIMO *

EL DESARROLLO Y EVOLUCIÓN DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

1. El más importante reto que tiene ante sí la construcción sistemática es el desarrollo y gestación de un Derecho administrativo europeo. Este Derecho es algo más que la suma de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, ya afectados por el Derecho comunitario europeo y, en este sentido, "europeizados". Es, más bien, la respuesta del Derecho al desafío de comprender Europa como un espacio administrativo unitario (a pesar de la necesidad de admitir, a efectos diversos, trazados de fronteras diferenciados y grados variables de intensidad en las relaciones interadministrativas [1]). El ámbito nuclear del Derecho administrativo europeo lo constituye la actuación administrativa que se realiza bajo la cobertura de la Comunidad Europea.

* *N. del T.:* Traducción de José María Rodríguez de Santiago. Se han adaptado en el texto las referencias a los preceptos que se citan del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), conforme a la nueva numeración y al cuadro de equivalencias establecidos en el Anexo al que se refiere el art. 12 del Tratado de Ámsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, fecha posterior a la edición alemana de esta obra (1998). No obstante, en las notas a pie de página se ha mantenido la numeración anterior en la cita de obras estructuradas como comentarios a preceptos de los mencionados tratados (por ejemplo, Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*; Grabitz e Hilf, *Europäische Union;* etc.). Los actos jurídicos comunitarios (Reglamentos, Directivas, decisiones, comunicaciones, etc.) se citan conforme a la traducción oficial al castellano. Se ha respetado del texto alemán de esta obra, sin embargo, la cita de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conforme al método habitual en las obras jurídicas alemanas en las que se cita simplemente el nombre y año de la recopilación oficial (en el original, EuGHE) y, a continuación dos números, por ejemplo, STJCE, *Rec.*, 1989, p. 3457 (3485), el primer número es el de la página donde comienza la Sentencia (3457) y el segundo, entre paréntesis (3485), el de la página concreta en que se contiene la cita a la que se hace alusión.
[1] *Vid.* Thurer, *VVDStRL*, vol. 50, pp. 101 ss.

Pero, en una perspectiva de mayor alcance, la tarea de sistematización debe llegar más lejos para incluir las actividades administrativas situadas en el marco del segundo y del tercer pilar de la Unión Europea, sobre todo, las cuestiones relativas a la cooperación policial conforme al art. 29 TUE [2]. Y en un sentido todavía más amplio, hay que incluir también en el ordenamiento jurídico-administrativo europeo otras formas de cooperación administrativa en Europa que tienen apoyo en tratados internacionales bilaterales o multilaterales [3], así como las exigencias comunes que se imponen a la actuación administrativa desde la perspectiva del principio del Estado de Derecho, tal y como esas exigencias han sido formuladas en recomendaciones del Consejo de Europa y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [4]. La exposición que sigue se centra, no obstante, en el marco de la Comunidad Europea.

A. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESPACIO COMUNITARIO

2. Para crear el mercado interior no basta con establecer unos preceptos que rijan en todo el ámbito comunitario. Ese objetivo es, más bien, «un proceso continuo con el que ha de asegurarse que el marco jurídico común se entienda, se aplique y se controle de forma completa y, en su caso, se desarrolle de modo consecuente para atender a nuevas necesidades» [5]. Muchas de las tareas implicadas en ese proceso son materias administrativas. Las decisiones descentralizadas de la Administración de los Estados miembros tienen que aplicar el Derecho comunitario europeo de forma eficaz y uniforme. Las decisiones centralizadas de la Administración de la Comunidad Europea deben adoptarse sobre la base de datos fácticos obtenidos en el ámbito comu-

[2] Sobre esta cuestión, HARINGS, *Grenzüberschreitende Zusammenarbeit* (en prensa).

[3] *Vid.* BEYERLIN, *Lokale grenzüberschreitende Zusammenarbeit*, *passim*.

[4] En especial, la Resolución de 28 de septiembre de 1977, que se ocupa, en general, de algunos principios fundamentales que deben regir el procedimiento administrativo que se aplica a los ciudadanos (por ejemplo, audiencia, acceso a informaciones, asistencia letrada en el procedimiento, motivación de las decisiones, información procesal). También la Recomendación de 17 de septiembre de 1987, relativa a la protección de los particulares en procedimientos con una multitud de interesados, y la Recomendación de 13 de febrero de 1991, relativa a las sanciones administrativas. Así mismo, pueden situarse en este contexto la Recomendación de 25 de noviembre de 1985, sobre el derecho de acceso a archivos administrativos, la Recomendación sobre protección de datos de 17 de septiembre de 1987 y la Recomendación de 11 de marzo de 1980, sobre el ejercicio de competencias discrecionales por la Administración. Referencias más detalladas en STELKENS, BONK y SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, introducción, núms. margs. 110 y ss.; así como las de la jurisprudencia en FROWEIN y PEUKERT, *EMRK*, en especial, comentarios a los arts. 6.1 y 13. En concreto, sobre las exigencias planteadas a la tutela judicial contencioso-administrativa, GRABENWARTER, *Verfahrensgarantien*, pp. 467 ss.

[5] Así, la Comunicación de la Comisión al Consejo «Aprovechar al máximo el mercado interior: programa estratégico» de 22 de diciembre de 1993, COM/93/632 final. Son clarificadoras sobre esta cuestión las contribuciones contenidas en WALLACE, *Policy-Making in the European Union*.

nitario de una forma que merezca fiabilidad y tienen que ser ejecutadas por los Estados miembros en su territorio. Además, la actuación administrativa de cada Estado miembro cobra cada vez más trascendencia en el ámbito comunitario: las decisiones en materia de aduanas, las licencias de importación y exportación, las autorizaciones de productos (por ejemplo, de medicamentos), las licencias de comercio y determinados actos de evaluación pueden tener efectos en todo el ámbito comunitario sobre la base del principio de reconocimiento. Este reconocimiento en los países de destino tiene como presupuesto la confianza en la conformidad con el ordenamiento de las decisiones adoptadas en el país de origen. Todo esto ya no sucede de forma ocasional, sino que se trata de una práctica administrativa común amplia y permanente. Acertadamente, la Comisión europea, en sus documentos más recientes, viene entendiendo que *la Administración del espacio comunitario* ha adquirido su propio terreno, un ámbito de funciones específicas, del mismo modo que existe una función legislativa y jurisprudencial [6].

I. Las Administraciones del espacio comunitario

3. La Administración del espacio comunitario está confiada conjuntamente a la Administración de la Comunidad Europea y a las Administraciones de los Estados miembros, aunque, a primera vista, casi no es posible pensar en dos tipos de Administraciones más distintas [7]: en el plano de la Comunidad Europea una Administración relativamente pequeña, organizada jerárquicamente y altamente profesionalizada; en el plano de los Estados miembros una multitud de órganos administrativos estatales y unidades u organizaciones administrativas dotadas de autonomía, centralizadas y descentralizadas, concentradas y desconcentradas.

1. *La Administración de la Comunidad Europea*

4. Aunque entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión no se da una separación de funciones conforme al modelo clásico de la separación de poderes, está claro, sin embargo, que corresponde a la Comisión el peso fundamental de las competencias administrativas.

[6] Por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa al desarrollo de la cooperación administrativa para la aplicación y el cumplimiento de la legislación comunitaria en el mercado interior, COM/94/29 final; y el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Cooperación entre Administraciones para la aplicación de la normativa del mercado interior», de 29 de enero de 1996, COM/96/20 final.

[7] Sobre lo siguiente puede consultarse, también, STETTNER, en DAUSES, *Hdb. EG-WirtschafsR*, B III; SIEDENTOPF y ZILLER, *Making European Policies Work*.

Sin perjuicio de su función de gobierno y de su participación en el procedimiento de creación del Derecho, la Comisión es *el órgano administrativo* de la Comunidad [8]. El carácter administrativo de sus competencias es, por una parte, directamente reconocible en el art. 211 TCE y, por otra, se extrae del contexto de las competencias enumeradas en dicho precepto: actividades de control, autorización, información e impulso [9].

Para la preparación y ejecución de sus funciones la Comisión (órgano colegiado) cuenta con una Administración estructurada en Direcciones Generales, Direcciones y Unidades, conforme a un estricto principio de jerarquía. El alto grado de centralización se ha relativizado, no obstante, progresivamente mediante la diversificación de instancias subordinadas que tienen, en parte, capacidad jurídica propia [10]. Precisamente en los últimos años, una nueva ola de creación de instituciones o unidades como las antes mencionadas ha fortalecido la tendencia hacia una estructura administrativa descentralizada [11]. En algunos casos se trata de órganos con competencias propias de decisión con efectos *ad extra* [12]. La mayor parte de los órganos administrativos de creación reciente sólo realizan, sin embargo, funciones de obtención de datos, de observación y de asesoramiento especializado. Pero de ninguna manera pueden minusvalorarse las posibilidades de influencia real vinculadas a estas actividades administrativas de carácter meramente material en el seno de una estructura administrativa europea que depende, en gran medida, de la información con la que se cuenta.

Junto a esta estructura orgánica cada vez más perfeccionada se ha creado un extenso sistema de comités que, por una parte, está al servicio de la cooperación con las Administraciones de los Estados miembros y, por otra, persigue la incorporación de asesoramiento especializado externo y la apertura y entendimiento con las fuerzas sociales [13]. Para la Comisión, los Comités son órganos de contacto imprescindibles de cara a la obtención y transmisión de información y sin los que aquélla no podría trabajar, dada la limitación de sus recursos propios. El peso que corresponde a este sistema complementario de comités constituye una característica de la Administración de la Comunidad Europea que no se da en la Administración alemana (*vid.* 7/41).

[8] *Vid.* Hummer, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentarios previos al art. 155 TCE, núm. marg. 13, y comentario al art. 155 TCE, núms. margs. 5 y ss.

[9] *Vid.* Schmitt von Sydow, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 155 TCE, núms. margs. 6 y ss. y 63 y ss. También, Docksey y Williams, en Edwards y Spence, *European Commission*, pp. 125 ss., y Usher, *ibidem*, pp. 165 ss. Igualmente Schreiber, *Verwaltungskompetenzen*, pp. 21 ss.

[10] Sobre esto, Hilf, *Organisationsstruktur*, en especial, pp. 109 ss.; Priebe, *Entscheidungsbefugnisse vertragsfremder Einrichtungen*, pp. 15 ss.; Hummer, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentario al art. 162 TCE, núms. margs. 43 y ss.

[11] Pueden consultarse los datos que se contienen en la Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la fijación de la sede de determinados organismos y servicios de las Comunidades Europeas, así como de la sede de Europol (*DOCE*, C 323, de 30 de noviembre de 1993): Agencia Europea de Medio Ambiente, Oficina de Inspección Veterinaria y Fitosanitaria, Observatorio Europeo de la Droga, Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos, Agencia de Salud y Seguridad e Higiene en el Trabajo, Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos), Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, Tribunal de Apelación Común en materia de Patentes Comunitarias, Instituto Monetario Europeo y Banco Central Europeo.

[12] Es el caso, por ejemplo, de las resoluciones sobre la concesión o denegación de la protección comunitaria de las obtenciones vegetales por la Oficina comunitaria de variedades vegetales, conforme a los arts. 61 y 62 del Reglamento (CE) 2100/94; y de las resoluciones sobre la inscripción de una marca comunitaria por la Oficina de Armonización del Mercado Interior, conforme a los arts. 6 y ss. del Reglamento (CE) 40/94.

2. *Las Administraciones de los Estados miembros*

5. El cuadro de la estructura de las Administraciones de los Estados miembros es extraordinariamente multiforme, no sólo en una comparación entre los distintos países, sino también dentro de cada uno de ellos [14]. Además de las Administraciones ministeriales y de los grandes organismos administrativos especializados con estructura jerárquica hay que contar con todo el sistema de organizaciones jurídico-administrativas descentralizadas dotadas de autonomía. Son pocos los órganos administrativos creados específicamente para la ejecución del Derecho comunitario europeo o que tengan limitadas sus competencias a esta función, porque rara vez exige el Derecho comunitario de los Estados miembros la adopción de medidas especiales de tipo organizativo como, por ejemplo, que su ejecución se lleve a cabo a través de órganos independientes que se limiten a eso [15].

En la mayor parte de los ámbitos de actuación de la Administración, ha ido alcanzando lentamente el Derecho comunitario esa dimensión omnipresente que lo caracteriza hoy y que se aprecia en la actividad administrativa cotidiana, incluso, de las instancias locales. Y, sin embargo, para la mayoría de las Administraciones la ejecución de ese Derecho no es más que *una tarea* entre otras, y en las que alguna competencia o actividad distinta es con frecuencia la más importante para la caracterización y la comprensión que de sí misma tiene la correspondiente unidad administrativa. Un Derecho que persiga su eficaz ejecución debe considerar este dato y adoptar las medidas que procedan. En esta tarea, sin embargo, ese Derecho no puede, de ningún modo, valerse sólo de los mecanismos propios de una imposición coac-

[13] Sobre esto, Schmitt von Sydow, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 162, núms. margs. 22 y ss. Se ofrecen datos estadísticos por Falke y Winter, en Winter, *European Union Law*, pp. 550 ss.

[14] Puede encontrarse una visión general en Hilf, *Organisationsstruktur*, pp. 260 ss.; y, con ejemplos, en Siedentopf y Ziller, *Making European Policies Work*, vol. 1, pp. 57 ss.

[15] *Vid.* Hilf, *Organisationsstruktur*, pp. 202 ss. Sobre algunas injerencias concretas en el Derecho de organización de los Estados miembros, Von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 194 ss., en especial, pp. 200 ss.

tiva frente a Administraciones reticentes de los Estados miembros. Es igualmente importante potenciar los conocimientos sobre el Derecho comunitario y la legitimidad de sus pretensiones, de forma tal que el funcionario individual pueda identificarse con la labor de ejecución de aquél.

II. Los principios del modelo de Administración comunitaria

6. El modelo de la Administración del espacio comunitario se asienta sobre dos principios, en tensión dialéctica: la separación y la cooperación.

1. *El principio de separación*

7. El sistema administrativo de la Comunidad descansa sobre un reparto de tareas y competencias entre los Estados miembros y la Comisión. Este principio de separación determina la estructura fundamental dual de la Administración del espacio comunitario y se expresa en las dos formas distintas en que se ejecuta el Derecho comunitario europeo: la ejecución *directa* a través de órganos propios de la Comunidad y la ejecución *indirecta* a través de órganos de los Estados miembros [16]. Desde la perspectiva del Derecho de la organización administrativa, las Administraciones de los Estados miembros siguen siendo parte de los Ejecutivos nacionales, también cuando aplican el Derecho comunitario europeo [17]. La actividad jurídica correspondiente es actividad jurídica del Derecho del Estado miembro. El principio de separación se caracteriza por los dos puntos de partida del modelo: el de la ejecución indirecta y el de la ejecución nacional en el propio territorio.

a) El principio de la preferencia o primacía de la ejecución indirecta

8. El peso fundamental de la Administración en los asuntos de la Comunidad Europea recae sobre los Estados miembros. Esto es consecuencia necesaria, por lo pronto, de las competencias limitadas de la Administración de la Comunidad Europea, en las que, en esencia, nada se verá alterado a pesar de la progresiva complejidad de las estructuras organizativas. Jurídicamente, la preferencia de la ejecución a nivel

[16] De cita obligada, sobre este punto, son Rengeling, *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug*, pp. 9 ss.; Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 25 ss.; y Stettner, en Dauses, *Hdb. EG-WirtschaftsR*, B III, núms. margs. 11 y ss. *Vid.*, también, Lenaerts, *ELR*, 1993, pp. 23 ss., en especial, pp. 27 ss.

[17] Desde el punto de vista funcional son, desde luego, parte de la Administración comunitaria: «organismos codependientes», en terminología de Cassese, *Staat*, 1994, p. 26.

nacional se deriva del principio de la competencia limitada (o principio atributivo de competencias o, mejor, de competencias de atribución) establecido por el art. 5 (párrafo 1) TCE. Las formas de ejecución directa deben ser la excepción y, por el contrario, la aplicación del Derecho comunitario europeo por parte de las autoridades nacionales debe ser la regla [18]. No obstante, hasta ahora, no se ha podido extraer de ahí una regla de distribución de competencias tan estricta como la que se encuentra en el art. 83 de la Ley Fundamental * para el sistema federal alemán. Los tratados constitutivos rara vez distinguen con exactitud entre competencias legislativas y administrativas. Por eso, el Consejo tiene un amplio poder de cara a decidir sobre la atribución a la Comisión de competencias ejecutivas para la aplicación de las normas aprobadas por aquél en el marco de una regulación material conforme al art. 202 TCE [19]. Por otra parte, el art. 308 TCE y la doctrina de los poderes implícitos ofrecen apoyos adicionales para separarse de la preferencia de la ejecución indirecta [20]. El Tribunal de Justicia sigue una línea más pragmática que dogmática y al resolver sobre competencias se guía por el criterio de la necesidad funcional [21]. No es fácil, tampoco, que el principio de subsidiariedad del art. 5, párrafo 2, TCE dé lugar a una práctica más restrictiva. Aunque en el plano teórico este precepto confirma el principio de la preferencia de la ejecución indirecta [22], en la práctica la Comunidad puede encontrar buenas razones que muestran la necesidad de una acción uniforme, centralizada y directa a nivel comunitario y eventualmente también para su consolidación organizativa en un órgano administrativo propio de la Comunidad Europea. En definitiva, la primacía o preferencia es un principio directivo con un alto grado de tolerancia ante las excepciones [23].

[18] Oppermann, *Europarecht*, núms. margs. 542 y ss.; Grabitz, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentario al art. 189 TCE, núms. margs. 18-19; Von Borries, en *FS für Everling*, p. 127.

* *N. del T.:* El art. 83 de la GG establece: «A los Estados miembros corresponde la ejecución de las leyes de la Federación como competencia propia, salvo en los casos en que por esta Ley Fundamental se disponga o se permita lo contrario».

[19] STJCE, *Rec.*, 1989, p. 3457 (3485). *Vid.*, también, Zuleeg, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 3 B, núm. marg. 8.

[20] *Vid.* Von Bogdand y Nettesheim, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentario al art. 3 B TCE, núms. margs. 7 y ss.; en la misma obra, manifiesta una opinión más restrictiva Grabitz, comentario al art. 189, núm. marg. 18. Sobre la creación de órganos administrativos propios de la Comunidad con fundamento en estos apoyos normativos, *vid.* Priebe, *Entscheidungsbefugnisse vertragsfremder Einrichtungen*, pp. 91 ss.

[21] Por ejemplo, STJCE, *Rec.*, 1994, p. 3681 (3707 ss., en especial, 3711-3712).

[22] En este sentido se expresan las Conclusiones del Consejo Europeo de Essen, confirmadas por el Tratado de Amsterdam, que ha incorporado como anexo al TCE un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (*DOCE* C 340/105, de 10 de noviembre de 1997).

[23] Con el mismo resultado Jarass, *AöR*, 1996, pp. 181 ss.; Schreiber, *Verwaltungskompetenzen*, pp. 67 y 188. Una opinión más estricta en Wahl y Gross, *DVBl*, 1998, p. 12.

b) La regla de la ejecución nacional en el propio territorio

9. El principio de separación parte tácitamente de que cada Administración nacional, en principio, ejecuta el Derecho comunitario sólo *en su propio territorio*. Este punto de partida se basa en el principio de soberanía propio del Derecho internacional público, que los tratados constitutivos de la Unión no han derogado para las relaciones de los Estados miembros entre sí. Por ello, los criterios de conexión para determinar lo que cae bajo cada jurisdicción nacional, por ejemplo, los criterios de conexión del domicilio o de la situación de la cosa, son los mismos que ha establecido con carácter general el Derecho administrativo internacional a partir del Derecho internacional público [24]. Desde luego, también en este caso se está sólo ante una regla general de la que existen cada vez más excepciones en el Derecho comunitario [25]. Se habla, con acierto, de un efecto de «desaparición de fronteras» producido por el Derecho comunitario, efecto que, sobre la base del principio de reconocimiento, se manifiesta en la eficacia transnacional en el espacio comunitario de decisiones ejecutivas adoptadas por una determinada Administración nacional [26].

2. *El principio de cooperación*

10. El espacio comunitario no puede administrarse eficazmente conforme a un sistema presidido exclusivamente por el principio de separación, como ya ha podido deducirse de las excepciones al mismo. Este principio necesita ser completado por el de cooperación. Mientras que el principio de separación determina la estructura, el principio de cooperación constituye el elemento funcional del ordenamiento administrativo europeo. Sólo así se asegura de forma completa la necesaria efectividad de la actuación administrativa en el espacio comunitario. El principio de cooperación encuentra su fundamento general de Derecho originario en el art. 10 TCE, del que no sólo se derivan obligaciones de cooperación de los Estados miembros frente a los órganos o instituciones de la Comunidad Europea, sino que dicho precepto también vincula a los Estados a la cooperación entre ellos, además

[24] Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht*, vol. IV, pp. 436 ss.; Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, pp. 341 ss.

[25] Por ejemplo, las facultades de verificación *in situ* de un Estado miembro en otros Estados en el ámbito de los controles en materia de supervisión bancaria conforme al art. 15.1 de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE); *vid.*, también, el § 53b, ap. 6, KWG (Ley alemana de transposición).

[26] Sobre esto, E. Klein, en Starck, *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze*, pp. 140-141; Troberg, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 57, núms. margs. 14 y ss.

de imponer obligaciones a los órganos de la Comunidad Europea con respecto a los Estados miembros [27]. De esta forma, el principio de cooperación rige en sentido vertical y horizontal. El art. 10 TCE se convierte así en la expresión de un principio general del Derecho que abarca un sistema de obligaciones recíprocas de cooperación y apoyo derivadas de la lealtad comunitaria [28].

11. La cooperación atiende en el Derecho comunitario diversas funciones. Su función fundamental consiste en facilitar a todas las Administraciones implicadas toda la información necesaria *(cooperación informativa)*. Bajo este concepto se sitúan tanto el intercambio concreto y ocasional de datos como la creación de redes centralizadas [29]. Representan formas específicas de esta cooperación los informes y la estadística [30]. A la luz del principio de cooperación resulta claro que la base de la reconstrucción dogmática del sistema del Derecho administrativo se ha de situar actualmente en un Derecho administrativo de la información. En segundo lugar, la cooperación se manifiesta en variadas formas de asistencia recíproca, convergencia y tramitación conjunta de procedimientos *(cooperación procedimental)*. Así, por ejemplo, no es posible en la práctica regular obligaciones de reconocimiento recíproco sin procedimientos paralelos que prevean medios de instrucción a los que pueda recurrirse con eficacia y prontitud en casos de urgencia o de conflicto [31]. Por último, la cooperación puede prestarse en órganos mixtos colegiados creados específicamente con ese fin *(cooperación institucional)*. Pueden ofrecerse como ejemplos los consejos de administración de las Agencias comunitarias y la estructura o sistema de comisiones, profusamente utilizado en el plano comunitario (*vid.* 7/4), en especial, el sistema de comités de la "comitología" sobre la base de la Decisión del Consejo de 13 de julio de 1987 [32].

[27] Zuleeg, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 5, núm. marg. 1; STJCE, *Rec.*, 1990, p. 3365 (3372).

[28] *Vid.* STJCE, *Rec.*, 1986, p. 29 (81); también, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa al desarrollo de la cooperación administrativa para la aplicación y el cumplimiento de la legislación comunitaria en el mercado interior, de 16 de febrero de 1994, COM/94/29 final; Zuleeg, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 5, núms. margs. 11-12; Von Bogdandy, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentario al art. 5 TCE, núms. margs. 6 y ss.

[29] Por ejemplo, la Red Europea de Información sobre el Racismo y la Xenofobia (Raxen), conforme al Reglamento (CE) 1035/97; y la Red Europea de información sobre droga y toxicomanías (REITOX), conforme al Reglamento (CEE) 302/93.

[30] *Vid.* la Decisión de la Comisión de 21 de abril de 1997 sobre el papel de Eurostat en la elaboración de estadísticas comunitarias.

[31] Por ejemplo, en el procedimiento descentralizado de autorizaciones de medicamentos, la regulación de los arts. 10-14 de la Directiva 65/65/CEE, en la redacción dada por la Directiva 93/39/CEE.

[32] *DOCE*, L 197/33; *vid.* Meng, *ZaöRV*, 1988, pp. 208 ss.; Demmke y Haibach, *DÖV*, 1997, pp. 710 ss.

III. Los estratos del Derecho administrativo europeo

12. La estructura dual de la Administración de la Comunidad hace emerger un ordenamiento jurídico-administrativo estratificado para el que todavía no existen elementos conceptuales unitarios u homogéneos capaces de mostrar o explicar sus notas diferenciadoras [33].

1. *El Derecho administrativo de los Estados miembros*

13. La base del Derecho administrativo europeo la constituye el Derecho administrativo nacional. La abrumadora mayoría de los asuntos jurídico-administrativos se sigue sustanciando (si bien no en forma exclusiva, sí con carácter prioritario) a través de las Administraciones de los Estados miembros conforme a las reglas de su Derecho. El Derecho nacional es hasta ahora el único estrato desarrollado de forma completa en el ordenamiento jurídico-administrativo europeo. Aquí se encuentran claramente perfilados los dogmas relativos a la posición jurídico-constitucional del Ejecutivo y su legitimidad, o los que se refieren a su vinculación al Derecho y a las tareas que tiene encomendadas. Sólo en el Derecho nacional se encuentra la imagen completa que resulta de la experiencia y de la comprensión que de sí tiene la Administración. En este contexto, es cierto que los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales no se sitúan unos junto a otros sin relación alguna entre ellos. Es posible encontrar influencias recíprocas hasta en el siglo XIX [34] que han conducido, por ejemplo, a través de la caracterización de la tutela judicial en el ámbito administrativo, a la formación de familias jurídicas. Para el Derecho comunitario europeo, el Derecho administrativo nacional constituye un fondo irrenunciable de modelos de regulación y el medio más importante de transposición en todos aquellos casos en los que la propia Comunidad no ha creado normas directamente aplicables. Ello justifica que se incluya el Derecho administrativo nacional, también conceptualmente, en el sistema del Derecho administrativo europeo en sentido amplio. Frente a ello, el Derecho administrativo europeo en sentido estricto identifica aquellos estratos del ordenamiento jurídico-administrativo europeo que, por su naturaleza jurídica, son Derecho de la Comunidad Europea: el Derecho administrativo propio de la Administración de la Comunidad Europea y el Derecho administrativo comunitario.

[33] Sobre lo que sigue *vid.* SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 74 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *DVBl*, 1993, pp. 924 ss.; VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 15 ss.; SOMMERMANN, *DVBl*, 1996, pp. 889 ss., en especial, p. 891; SCHWARZE, *EuR*, 1997, pp. 420-421.

[34] Sobre esto, SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Lerche*, p. 517.

2. *El Derecho administrativo propio de la Administración de la Comunidad Europea*

14. Éste es el Derecho de acuerdo con el cual ejercen sus propias competencias administrativas los órganos de la Comunidad Europea. En la doctrina se designa a este Derecho administrativo propio de la Comunidad Europea como Derecho de aplicación directa [35]. Esta denominación, sin embargo, no parece ser del todo correcta a la vista de las numerosas actividades administrativas sobre las que de ninguna manera puede decirse que la Comunidad ejecute únicamente programas normativos completos en su formulación. Éste es el caso, por ejemplo, de la estadística, de la actividad informativa y de la construcción de redes administrativas. En estos supuestos se está ante actuación administrativa "dirigida normativamente", pero también, sin duda, ante actuación administrativa conformadora, para la que, en su caso, también se recurre a las formas del Derecho privado. El Derecho administrativo propio es un estrato jurídico independiente que ha ido adquiriendo, cada vez más, sus perfiles propios por la progresiva complejidad de la Administración de la Comunidad Europea.

— En primer lugar, se trata de un *Derecho de organización*. Aquí se sitúan las normas sobre la estructura y el funcionamiento de la Comisión (arts. 213 y 219 TCE), así como los Reglamentos internos y las numerosas decisiones relativas a la creación de organizaciones administrativas autónomas en la Comunidad Europea (*vid.* 7/4). Sistemáticamente, también se incluyen aquí el Derecho presupuestario y de la función pública comunitaria, representados por el Reglamento financiero, dictado sobre la base del art. 279 TCE, y el Estatuto de los funcionarios [36].

— Pero, además, el Derecho administrativo de la Administración de la Comunidad Europea ha formado un Derecho propio regulador de la *actuación administrativa*. Aquí se sitúan, sobre todo, aquellas normas que otorgan y regulan las competencias de actuación directa de la Administración de la Comunidad Europea frente al ciudadano comunitario. Algunas normas importantes al respecto se contienen ya en los tratados constitutivos: aquí encuentran su sitio las formas jurídicas del Reglamento y la Decisión (art. 249, párrafos 2 y 4, TCE). Otras partes de este Derecho, por ejemplo, la legislación de procedimiento administrativo, todavía no han sido codificadas de forma general, pero van consolidándose a través de principios generales del Derecho desarrollados jurisprudencialmente. Para ámbitos concretos de la

[35] SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 25 ss.

[36] Reglamento financiero de 21 de diciembre de 1977 (1231/77); y Estatuto de los funcionarios conforme al Reglamento (CEE, EURATOM, CECA) 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968.

actuación administrativa existen, además, regulaciones parciales. Ejemplos conocidos que pueden citarse son el del Derecho de defensa de la competencia (prácticas colusorias y posiciones dominantes) y las reglas sobre la autorización centralizada de medicamentos [37].

15. Originariamente el Derecho administrativo propio se ocupaba exclusivamente de unas pocas actividades administrativas, que eran las que se reservaban a una Administración central, circunscrita a un núcleo duro de competencias. Esta situación, sin embargo, se ha visto modificada y, en ámbitos tradicionales de la Administración propia, el listado de decisiones a ella atribuidas se ha hecho más denso, como es el caso, por ejemplo, del Derecho de la competencia y del control de las ayudas públicas. Otros ámbitos, como el de la marca comunitaria y la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, han sido asumidos (en parte) centralizadamente por la Administración propia [38]. Un capítulo independiente, al que hasta ahora se ha prestado poca atención, es el del fomento a la investigación por parte de la Comunidad, que también se encuentra en expansión. Prácticamente no es imaginable ningún ámbito del Derecho en el que, junto a la aprobación de normas, no se adopten también decisiones administrativas propias.

Puede ilustrarse lo anterior con el ejemplo de las decisiones centralizadas y de las inspecciones *in situ*. Las *decisiones centralizadas* proceden (de forma, en cierta medida, necesaria desde la perspectiva político-administrativa) de las competencias de coordinación que se atribuyen al Consejo y a la Comisión en ámbitos armonizados. Su nacimiento evoluciona pasando, de forma casi imperceptible, de la facultad de formular discrepancias a la decisión única vinculante, en casos de resoluciones descentralizadas contradictorias, y de ahí, finalmente, a la creación de un procedimiento centralizado. El desarrollo puede comprobarse de forma especialmente gráfica en el caso del Derecho de los medicamentos, en el que se dan conjuntamente decisiones descentralizadas de los Estados miembros y decisiones administrativas centralizadas de la Comunidad [39]. También los supuestos en los que se autoriza a los funcionarios de la Comunidad la práctica de inspecciones y controles *in situ* son cada vez más frecuentes. Son conocidos desde hace tiempo los del Derecho de la competencia y del control veterinario y de los alimentos [40]. Estos supuestos han encontrado su base normativa unificadora respecto de

[37] Reglamento (CEE) 2309/93.

[38] Reglamento (CE) 40/94 sobre la marca comunitaria; y Reglamento (CE) 2100/94 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales.

[39] Procedimiento descentralizado de autorización de medicamentos conforme a la Directiva 93/39/CEE; y procedimiento centralizado de autorización de la Comunidad conforme al Reglamento (CEE) 2309/93. *Vid.*, también, COLLATZ, *Europäische Arzneimittelzulassungsverfahren*. Sobre el Derecho alimentario, WAHL y GROSS, *DVBl*, 1998, pp. 8 ss.

[40] *Vid.* art. 12 de la Directiva 92/5/CEE por la que se modifica y actualiza la Directiva 77/99/CEE, relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios intracomunitarios de productos a base de carne, y se modifica la Directiva 64/433/CEE.

los casos de controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, en el Reglamento 2185/96.

16. La ampliación de la Administración propia de la Comunidad Europea ha conducido a que sean necesarias algunas normas que son irrenunciables, en general, para cualquier Administración: el sistema de adjudicación de las propias obras, suministros, etc., requiere de normas que lo regulen más allá de las escasas reglas de carácter presupuestario [41]. La creación de grandes archivos de datos y expedientes exige regular de forma más detallada cuestiones relativas a la protección de datos [42], así como, también, al acceso de los ciudadanos a informaciones de la Administración propia de la Comunidad Europea [43]. Es interesante destacar que las normas aprobadas recientemente sobre estas cuestiones se remiten con frecuencia a las respectivas Directivas con las que la Comunidad les ha ofrecido a los Estados miembros el modelo regulador para sus Administraciones. Está claro que detrás de esta circunstancia se encuentra la idea de que las expectativas de la población con respecto a lo que se pide de las Administraciones y a cómo deben proceder éstas se asimilan en el ámbito comunitario y en todos los planos de la Administración del espacio comunitario europeo (*vid.* 7/25).

[41] El art. 56 del Reglamento financiero de 21 de diciembre de 1977 (1231/77), en relación con el art. 126 del Reglamento (EURATOM, CECA, CE) 3418/93 (sobre normas de desarrollo de disposiciones de dicho Reglamento financiero), remite para la adjudicación de obras y suministros públicos a las Directivas del Consejo 93/36/CEE (coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro), 93/37/CEE (coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras) y 93/38/CEE (coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones).

[42] Obligación de la propia Comisión de aplicar los mismos criterios a los que están vinculados los Estados miembros en virtud de la Directiva de Protección de Datos 95/46/CE [Comisión de la Comunidad Europea (90) 314, versión definitiva, p. 79]. *Vid.* DRESSEL, *Europäisches Datenschutzrecht*, pp. 151 ss. En el Tratado de Ámsterdam se incluye una referencia a la Directiva de Protección de Datos para la actuación de los órganos comunitarios (actual art. 286 TCE) e, incluso, se crea una instancia propia de control para las cuestiones relativas a la protección de datos en el plano comunitario europeo. Existe, también, un régimen propio de protección de datos para la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas conforme al Reglamento (EURATOM, CEE) 1588/90.

[43] Decisión de la Comisión sobre el derecho de acceso a sus documentos; y Decisión del Consejo sobre el derecho de acceso a los suyos. *Vid.*, también, el código de conducta sobre el derecho de acceso a documentos de la Comisión y del Consejo y la Decisión sobre el acceso público a documentos de la Agencia Europea de Medio Ambiente. Sobre esta cuestión, STJCE, *Rec.*, 1996, pp. 2169 ss.; STJCE, *Rec.*, 1995, pp. 2765 ss.; HAHN, *NJ*, 1996, pp. 638 ss.; ROGER, *DVBl*, 1994, pp. 1182 ss.; DREHER, *EuZW*, 1996, pp. 487 ss. (*vid.* 7/44).

3. *El Derecho administrativo comunitario*

17. Con este concepto se hace referencia a las normas de Derecho administrativo de la Comunidad Europea que resultan vinculantes, en todos o para todos los Estados miembros, en virtud del Derecho comunitario. El Derecho administrativo comunitario se distingue del Derecho administrativo propio en que el primero se refiere indirecta o directamente a la actuación de las Administraciones nacionales. El Derecho administrativo comunitario tiene, pues, como destinatarios vinculados por su regulación a sujetos caracterizados de forma diversa en cuanto a las bases de su legitimidad, a sus tradiciones y a sus estructuras (*vid.* 7/5). Es señaladamente este Derecho el que, hasta ahora, ha suscitado el interés científico de la dogmática.

Un fin importante de la regulación del Derecho administrativo comunitario es asegurar la eficaz ejecución del Derecho comunitario en todo el ámbito de la Comunidad (*vid.* 7/21-23). Al servicio de este fin se ponen, al margen de numerosas normas de la práctica administrativa, los dogmas, desarrollados jurisprudencialmente, del efecto directo, de la primacía y de la aplicación uniforme [44]. Pero es, incluso, más importante el significado del Derecho administrativo comunitario como medio de innovación jurídica en el ámbito de la Comunidad. La ampliación del círculo de las políticas comunitarias realizada por el art. 3 TCE, por ejemplo, con la política social y medio ambiental, conduce a nuevas funciones administrativas para las que se han desarrollado nuevos conceptos jurídicos. El Derecho administrativo de los Estados miembros se encuentra, en consecuencia, con una permanente necesidad de adaptación impuesta, sobre todo, a través de Directivas, conforme al art. 249, párrafo 3, TCE. Las discusiones científicas sobre la "europeización" del Derecho administrativo alemán han mostrado las dimensiones de esta evolución o tendencia (*vid.* 1/51-60) [45].

4. *El Derecho de la cooperación administrativa*

18. De la misma manera que la Administración del espacio comunitario no puede funcionar sin una cooperación de la Administración de la Comunidad Europea con las Administraciones de los Estados miembros, tampoco pueden existir el Derecho administrativo nacional, el Derecho administrativo propio y el Derecho administrativo comunitario sin conexión o desvinculados uno de otro. Por el contrario, es de importancia decisiva la conjunción de los regímenes jurídicos que regulan la actuación de las partes obligadas a cooperar. Para denominar este estrato intermedio se utiliza aquí el concepto de Derecho de la cooperación administrativa [46]. Pero este Derecho no es una nueva y cuarta categoría desde la perspectiva de sus fuentes de creación y sus destinatarios. Más bien, constituye el resultado de la unión de actos situados en estratos jurídicos diversos. Ayuda a aclarar esta cuestión la distinción entre cooperación vertical y horizontal:

— La cooperación *vertical* entre los Estados miembros y los órganos de la Administración de la Comunidad Europea, considerada en general, tiene sus fundamentos normativos en el Derecho comunitario europeo, que parte de una vinculación obligatoria bilateral. No obstante, las *concretas* actividades de cooperación de las Administraciones interesadas pueden descansar sobre fundamentos jurídicos diversos y poseen, también, un diverso carácter jurídico: los órganos de la Administración de la Comunidad Europea actúan conforme al Derecho administrativo propio. Las actuaciones de los órganos nacionales pueden basarse tanto en Derecho comunitario europeo directamente aplicable y en Derecho nacional ya afectado por el Derecho comunitario, como, también, en otras normas del Derecho nacional. Desde el punto de vista de su carácter jurídico se trata siempre, con independencia del Derecho que apliquen, de actos de Derecho nacional.

— La cooperación *horizontal* entre las Administraciones de los Estados miembros tiene, igualmente, sus fundamentos normativos generales en el Derecho comunitario europeo. Las *concretas* actuaciones de cooperación pueden apoyarse en Derecho administrativo comunitario directamente aplicable, en Derecho nacional uniformado por el Derecho comunitario o en otras reglas del Derecho nacional [47]. Con independencia de su base normativa, estas actuaciones concretas de las distintas Administraciones de los Estados miembros siguen siendo, como en el caso anterior, actividad de Derecho nacional. No se trata de actos jurídicos supranacionales, tampoco cuando se fundamentan en Derecho comunitario europeo, ni cuando afectan a relaciones jurídicas en otros Estados miembros.

19. Cuando se habla del Derecho de la cooperación se hace referencia, en el contexto de la discusión sobre el Derecho administrativo europeo, a una perspectiva distinta a la más habitual: si hasta ahora todo se centraba en las influencias del Derecho comunitario europeo en el Derecho administrativo nacional, con el Derecho de la coope-

---

[44] Jurisprudencia uniforme desde STJCE, *Rec.*, 1963, p. 1 (25); STJCE, *Rec.*, 1964, p. 1251 (1269 ss.); STJCE, *Rec.*, 1973, p. 101 (113). *Vid.* VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 104 ss.

[45] Buenos ejemplos se encuentran en SCHWARZE, *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*; SCHEUING, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, pp. 289 ss. En la doctrina francesa, FLAUSS, *LPA*, 1995, núm. 7, pp. 4 ss.

[46] Así, SCHMIDT-ASSMANN, *EuR*, 1996, pp. 270 ss.; WAHL y GROSS, *DVBl*, 1998, p. 4. Sobre la necesidad de la cooperación, STETTNER, en DAUSES, *Hdb. EG-WirtschaftsR*, B III, núm. marg. 8; STREINZ, *WiVerw*, 1996, pp. 140 ss.

[47] También es posible que estas actuaciones se basen en Derecho administrativo creado por tratados bilaterales.

ración se trata de iluminar las nuevas *estructuras administrativas* urgidas a una colaboración práctica. Es precisamente en los puntos de contacto en los que se encuentran las actuaciones de las Administraciones implicadas de los Estados miembros y de los órganos administrativos de la Comunidad Europea donde surgen institutos y problemas jurídicos específicos, porque, en el marco de la cooperación, el auxilio y la asistencia de cada una de las partes nunca debe ser observada de forma completamente aislada. Este *carácter integrador* de la cooperación da lugar a problemas jurídicos específicos, sobre los que debe llamar la atención el Derecho de la cooperación. Son objeto del Derecho de la cooperación administrativa no sólo la ordenación jurídica de la actividad de cooperación de cada una de las partes, sino también la estructuración de su correcto funcionamiento conjunto y la consideración de sus efectos previos y posteriores en el marco de la actuación común.

IV. La importancia del Derecho como fuerza integradora

20. Para la Administración del espacio comunitario el Derecho tiene una importancia de primer orden [48]. El Derecho no sólo lleva a efecto los objetivos políticos, económicos y sociales en Europa, sino que a su vez debe actuar *per se* como medio de integración [49]. La Comunidad ha dependido, desde el principio, tan directamente de una "integración a través del Derecho" porque ella no disponía de los factores clásicos de integración que se dieron en la formación de Estados nacionales [50]. Para el análisis jurídico-administrativo, hasta ahora, ha estado en primer plano el aspecto *técnico-instrumental*. Para el futuro, sin embargo, parece necesario elaborar igualmente los elementos *integradores valorativos*.

1. *La garantía de una ejecución eficaz*

21. El modelo de la Administración del espacio comunitario, determinado por la preferencia de la ejecución nacional, debe prestar atención especial a garantizar la eficacia práctica del Derecho. Esta

[48] *Vid.* SCHWARZE, en SCHWARZE, *Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft*, pp. 9 ss.; GRUNWALD, en RÖTTINGER/WEYRINGER, *Handbuch der europäischen Integration*, pp. 43 ss. Sobre la posibilidad de comparar los medios jurídicos de dirección en el Estado federal y en la Unión Europea, *vid.* OEBBECKE, en LHOTTA, OEBBECKE y REH, *Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte*, pp. 35 ss.

[49] Sobre esto, desde una perspectiva jurídica práctica, el Informe de la Comisión al Consejo Europeo «Una mejora de la técnica normativa», 1996; Informe sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad así como sobre simplificación y codificación, SEK (96) 7, versión definitiva; también en *Bundesrats-Drucksache* 978/96.

[50] GAJA, HAY y ROTUNDA, en CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER, *Integration through Law*, vol. 2, pp. 113 ss.

perspectiva de la eficacia *(effet utile)* ha dominado desde los comienzos, como así debía ser, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos jurídico-administrativos [51]. Las obligaciones de respeto y de convergencia deben estar garantizadas jurídicamente de forma que sean suficientemente fiables, transparentes y, en su caso, ejecutables y exigibles. Pero, sobre todo, no pueden los distintos Derechos de los Estados miembros, conforme a los cuales actúan normalmente las Administraciones nacionales para la aplicación del Derecho comunitario europeo, afectar negativamente a la eficacia de la ejecución [52]. Entre el tantas veces invocado «principio de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros» [53] y el mandato de eficacia existe un equilibrio inestable parecido al que se da entre la preferencia de la ejecución descentralizada y la formación de una organización administrativa propia de la Comunidad.

22. La jurisprudencia hace frente al peligro de que los diversos Derechos reguladores del procedimiento de los Estados miembros impidan una aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario con una regla de coordinación que, en su formulación originaria, constituye una doble *fórmula prohibitiva* [54]. Como "prohibición de discriminación" impide tramitar el procedimiento dirigido a la ejecución del Derecho comunitario de una manera que postergue o haga de peor condición los intereses comunitarios frente a intereses similares del ámbito puramente interno del Estado miembro, de forma contraria a la igualdad. Como "prohibición de frustrar o impedir" el Derecho comunitario se opone a una aplicación de la legislación nacional de procedimiento que haga imposible en la práctica la ejecución del Derecho comunitario o la dificulte desproporcionadamente. Con esta doble prohibición la regla de la coordinación garantiza de una forma sistemáticamente consecuente una armonización básica de la práctica de la ejecución en los Estados miembros en todos aquellos casos en los que la Comunidad no ha dado el paso, políticamente difícil, de una mayor armonización normativa mediante la aprobación de normas propias reguladoras de la ejecución.

23. Pero es dudoso que sea correcta la transformación de esa formulación prohibitiva de la regla de coordinación que lleva a cabo el Tribunal de Justicia en una *fórmula de mandato* [55]. Un ejemplo cri-

[51] Por todas, STJCE, *Rec.*, 1983, p. 2633 (2665 ss.); NETTESHEIM, en *GS für Grabitz*, pp. 447 ss.

[52] RODRÍGUEZ IGLESIAS, *EuGRZ*, 1997, pp. 289 ss.

[53] *Vid.* STETTNER, en DAUSES, *Hdb. EG-WirtschaftsR*, B III, núms. margs. 9-10, con otras referencias; con una opinión crítica, VON BOGDANDY, en GRABITZ e HILF, *Europäische Union*, comentario al art. 5 TCE, núm. marg. 43.

[54] SSTJCE, *Rec.*, 1976, p. 1989 (1998) y *Rec.*, 1983, p. 2633 (2665 ss.); también, STJCE *Rec.*, 1995, p. 4599 (4620-4621). *Vid.* SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, pp. 1058 ss., en especial, 1062-1063; STREINZ, en SCHWEITZER, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pp. 264 ss.

[55] SCHEUING, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN, *Innovation und Flexibilität*, pp. 308; VON DANWITZ, *UPR*, 1996, pp. 327-328.

ticable en este sentido lo ofrece la Sentencia de 14 de diciembre de 1995 en el asunto "Peterbroeck" [56]. El caso afectaba a una norma del procedimiento tributario belga que impide al recurrente formular ante el tribunal motivos nuevos más allá del plazo de sesenta días, una regla preclusiva que es conocida en forma semejante en los procedimientos de otros Estados y que está dotada de un buen sentido estructurador del procedimiento. En las conclusiones del Abogado General se argumentaba, por eso, con razón, que la primacía del Derecho comunitario no puede conducir a la inaplicación de cualquier regla procedimental del Derecho nacional, sólo para que pueda contrastarse el Derecho comunitario en cualquier situación del procedimiento y, en su caso, pueda iniciarse un procedimiento de los del art. 234 TCE. Lo contrario —se dice allí— socavaría de forma injustificada sólidos principios de los Estados miembros [57]. Si no existen normas armonizadas, el Derecho comunitario sólo exige que las acciones judiciales nacionales y las reglas de procedimiento proporcionen una "protección jurídica adecuada" [58]. En su Sentencia sobre el caso, el Tribunal de Justicia destaca, por una parte, que para examinar la cuestión de la inaplicación del Derecho nacional regulador del procedimiento por incompatibilidad con las normas del Derecho comunitario hay que considerar los principios «que sirven de base al sistema jurídico nacional, como, por ejemplo, la protección de los derechos de defensa, el principio de seguridad jurídica y la correcta tramitación del procedimiento conforme a la ley» [59]. Sin embargo, en los demás fundamentos de la Sentencia estas consideraciones se abandonan. Y, en su lugar, se fuerza la argumentación para destacar que la regla relativa al plazo del Derecho belga que se discute no concedió al tribunal la oportunidad de examinar de oficio el Derecho comunitario. De tal forma que se declara dicha regla preclusiva como incompatible con el Derecho Comunitario. Es indudable que lo que se gana en favor de la ejecución del Derecho comunitario con un rigorismo semejante es, en cualquier caso, algo marginal. La función de las reglas preclusivas, reconocida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ha sido sacudida por una jurisprudencia que sólo atiende a la perspectiva técnica de la lógica de la ejecución [60].

[56] STJCE, *Rec.*, 1995, p. 4599.

[57] Conclusiones del Abogado General Jacobs, *Rec.*, 1995, p. 4601 (4605, 4607 ss.) y en el asunto, resuelto con la misma fecha, "van Schijndel", *ibidem*, 4707 (4711-4723).

[58] Abogado General Jacobs, *Rec.*, 1995, p. 4709 (4721).

[59] STJCE, *Rec.*, 1995, p. 4599 (4621).

[60] VON DANWITZ, *UPR*, 1996, pp. 325-326. Ponderan para ofrecer su opinión al respecto ROHL y LADENBURGER, *Materielle Präklusion*, pp. 71 ss. La cuestión está todavía sin resolver en BVerwG, *DVBl*, 1997, p. 1121.

2. *Elementos integradores valorativos*

24. Por muy importante que sea la ejecución eficaz y uniforme del Derecho comunitario, la cualidad normativa exigida no puede conseguirse exclusivamente con una orientación técnico-instrumental. La perspectiva unilateral de la uniformidad de la ejecución amenaza, más bien, con convertirse en una fórmula indómita que pasa por encima de la idea de que el Derecho siempre hace referencia a la medida y a la moderación (*vid.* 2/23). Una exagerada exigencia de uniformidad desperdicia el cúmulo de experiencias del que disponen los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados miembros. Un Derecho administrativo europeo que sea más que la suma de los ordenamientos jurídicos nacionales ya "europeizados" sólo puede gestarse *en común* [61]. Para eso no basta con que las ideas y los institutos jurídicos de los países miembros se introduzcan en el Derecho uniformador de los Reglamentos y las Directivas. Por muy importantes que sean esas influencias de los Derechos administrativos nacionales, debe concurrir además la apertura y disposición del Derecho comunitario a admitir las particularidades de la Administración de los Estados miembros y de su Derecho, también en los procedimientos concretos en los que se aplica el ordenamiento comunitario. Normalmente, el Derecho nacional no se opone a la unificación por un puro interés inercial. Por el contrario, con frecuencia se trata de consideraciones semejantes a las que reconoce abiertamente el mismo Derecho comunitario para la actuación de su propia Administración. De forma todavía más clara es el principio de cooperación [que pone de relieve que la Administración del espacio comunitario sólo es posible como tarea común (*vid.* 7/10)] el que subraya la importancia de unas bases jurídicas comunes obtenidas de experiencias también comunes.

25. La "integración a través del Derecho", entendida como una contribución de calidad, sólo puede alcanzarse cuando el Derecho administrativo europeo satisfaga tres exigencias:

— Debe respetar los modelos de solución existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, allí donde deban exigirse modificaciones estructurales en el Derecho nacional en virtud de una aplicación uniforme, deben ponderarse los intereses técnicos de esa uniformidad aplicativa con los elementos integradores valorativos que se expresan en el Derecho de los Estados miembros: *tesis de la ponderación*.

— Debe garantizar la coherencia interna de las distintas partes del sistema. En especial, no puede haber diferencias valorativas importantes entre el Derecho administrativo propio y el Derecho adminis-

[61] VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 394 ss.

trativo comunitario. Ambos estratos jurídicos tienen que ver con problemas semejantes. La comprensión del Derecho administrativo en la Comunidad es uniforme y no admite la división: *tesis del paralelismo*.

— Debe llevar la actuación administrativa más allá de la simple idea de la ejecución y desarrollar un elemento comunicativo. Para eso, es necesario, sobre todo, estructurar el procedimiento administrativo como foro de valoración omnicomprensiva de intereses, por ejemplo, en las cuestiones de la protección de datos, del acceso público a los registros administrativos y de las evaluaciones de impacto relativas a los recursos naturales: *tesis de la modernización*.

B. BASES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES COMUNES

26. Para hacer frente a estas exigencias la dogmática del Derecho administrativo europeo debe estar orientada por los datos jurídico-constitucionales de forma parecida a lo que sucede para el Derecho administrativo nacional (*vid.* 1/17-29; 2/1, 6). Esta orientación jurídico-constitucional permite construir con arreglo a líneas fundamentales y ampliar la perspectiva con evoluciones a más largo plazo. Por "Constitución" de la Unión Europea, en este contexto, hay que entender no sólo los tratados constitutivos, sino también aquellos principios jurídicos que proceden de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros y aseguran esta influencia permanente sobre la formación del Derecho comunitario [62].

27. Las reglas constitucionales fundamentales de la Unión, tomadas de *ambos* círculos jurídicos, pueden entenderse como Constitución, aunque no esté claro que la «nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», a la que se refiere el art. 1 TUE (párrafo 2), vaya a desembocar alguna vez en la formación de un Estado europeo en el sentido tradicional de este concepto. El concepto de Constitución no está reservado al ámbito del Estado nacional. También es apropiado para designar el marco jurídico de estructuras políticas con un alto grado de integración, que coordinan entre sí de formà diferenciada los planos de la Unión, de los Estados miembros, de las Regiones y de las entidades locales, y que dejan abierta la cuestión de la soberanía [63]. No es necesario que las competencias decisorias y las responsabilidades sean atribuidas

[62] Sobre esta cuestión, A. SCHMITT GLAESER, *Grundgesetz und Europarecht*, en especial, pp. 117 ss. Otras referencias más detalladas sobre la cuestión de la Constitución de la Unión pueden encontrarse en BEUTLER, en GROEBEN, THIESING y EHLERMANN, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. F, núms. margs. 1 y ss.; MÜLLER-GRAFF, en DAUSES, *Hdb. EG-WirtschaftsR*, A 1, núms. margs. 60 y ss.

[63] *Vid.* SCHUPPERT, *StWuStPr*, 1994, pp. 53 ss.; FROWEIN, *EuR*, 1995, pp. 315 ss.; OETER, *ZaöRV*, 1995, pp. 678 ss. Sobre la integración europea como un "modelo gradual", en general, PITSCHAS, *StWuStPr*, 1994, pp. 503 ss.

a estos niveles en la forma de grandes bloques competenciales. Esa distribución competencial también puede regularse por normas de reparto más concretas y detalladas. Es a esto a lo que se hace alusión cuando se habla del *«gobierno en sistemas de varios niveles»* [64]. El concepto analítico del «sistema de varios niveles» presenta a la Unión Europea como una estructura «que se compone de instituciones de los Estados nacionales y europeas, que no se entienden más que en relación recíproca» [65]. Y lo mismo puede decirse con respecto a los principios de la Constitución [66]. Es precisamente el entrelazamiento de sus fuentes del Derecho lo que caracteriza la esencia de la Constitución de la Unión. La interdependencia administrativa necesaria para la Administración del espacio comunitario consigue mediante esta Constitución su garantía, su orientación y su limitación normativa. Las decisiones constitucionales relativas a los principios del Estado de Derecho y la democracia, la eficiencia y la subsidiariedad, que se citan ya en el preámbulo del Tratado de la Unión, constituyen el fundamento para la necesaria homogeneidad de un concepto europeo de Administración [67]; y son la base jurídica del Derecho administrativo europeo que, sin perjuicio de todas las dificultades de adaptación del Derecho de los Estados miembros, debe gestarse como Derecho común (*vid.* 7/46-52).

I. Elementos del principio del Estado de Derecho *

28. La Comunidad fue fundada como Comunidad jurídica y configurada como tal por los tratados (*vid.* 2/2, 6). El paralelismo *estructural* con los elementos del principio del Estado de Derecho es evidente: la tutela judicial, las reglas de división funcional del poder, la garantía

[64] Así, JACHTENFUCHS, KOHLER-KOCH, en JACHTENFUCHS, KOHLER-KOCH, *Europäische Integration*, pp. 15 ss.; LEIBFRIED y PIERSON, en LEIBFRIED y PIERSON, *Standort Europa*, pp. 11 ss.

[65] ZÜRN, *PVS*, 1996, pp. 36-37.

[66] *Vid.* RESS, en *FS für Winkler*, p. 928: modelo de los tres planos *(drei-Ebenen-Konzept)* a partir del Derecho administrativo nacional, del Derecho comunitario europeo y del CEDH.

[67] Sobre la importancia de los principios constitucionales como base de la homogeneidad europea, *vid.* ZULEEG, en GROEBEN, THIESING y EHLERMANN, *EU-/EG-Vertrag*, Preámbulo, núms. margs. 9-10; y comentario al art. 1, núms. margs. 43 y ss., con cita de FROWEIN e IPSEN. En concreto, sobre los fines de la eficiencia y de la cercanía al ciudadano (comprendidos en aquellos principios constitucionales), BLANKE y KUSCHNICK, *DÖV*, 1997, pp. 45 ss.

* *N. del T.:* El autor utiliza la expresión *"Rechtsprinzip"* (principio del Derecho, literalmente), en lugar de *"Rechtsstaatsprinzip"* (principio del Estado de Derecho), para destacar la idea, a la que se alude en otros lugares del texto, de que ni la Unión ni la Comunidad constituyen (al menos por ahora) un Estado en el sentido tradicional. En castellano parece poco gráfica tanto la traducción literal (principio del Derecho), como las expresiones correspondientes que ha acuñado la doctrina del Derecho comunitario ("principio de la Comunidad de Derecho", "de la sujeción al Derecho", "de la preeminencia del Derecho"), por lo que, hecha esta advertencia, se prefiere utilizar en adelante el concepto, conocido en cuanto a su contenido en el Derecho interno, de principio del Estado de Derecho.

de los derechos fundamentales y las normas reguladoras de las formas y los procedimientos que establecen garantías en favor de los ciudadanos son parte esencial del principio del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho comunitario [68]. El concreto contenido *material* de este principio debe determinarse, desde luego, en cada caso, a la luz de la finalidad que persiga la integración. No es fácil asumir sin más los contenidos de las garantías correspondientes de los Estados miembros. En este punto despliegan su influencia las diferentes situaciones históricas de partida. Mientras el Derecho administrativo nacional se creó a partir del enfrentamiento con el Ejecutivo, como poder estatal ya existente y dotado de amplias competencias, en el caso de la formación del Derecho administrativo de la Comunidad Europea se trataba, en primer término, de aceptar la actuación administrativa de una «mancomunidad de integración funcional» (Ipsen) [69] constituida *ex novo*. Hoy está fuera de toda duda, tanto en el ámbito de Derecho comunitario como en el del Derecho alemán, la idea de fondo de que las garantías derivadas del principio del Estado de Derecho no sólo deben limitar y disciplinar la actuación de un poder público existente, sino que son ellas mismas las que crean ese poder y posibilitan su ejercicio. La doble misión del Derecho administrativo (*vid.* 1/30-32) determina en la misma medida ambos ordenamientos jurídicos.

1. *Tutela judicial*

29. El Derecho comunitario ha atribuido desde el principio una posición central a los órganos judiciales [70]. Los arts. 220-245 TCE ya se contenían en el texto originario de los tratados constitutivos. Con ello se prestaba atención también, desde el primer momento, a la protección jurisdiccional individual de las empresas y los empresarios por una instancia de control dotada de todos los elementos de la independencia y que encarna, en sentido pleno, el "tercer poder" [71]. En este importante aspecto el Derecho comunitario se acerca plenamente al modelo alemán de la protección estatal del individuo en el ámbito del Derecho administrativo a través de los órganos judiciales. El art. 225 TCE ha fortalecido esta tendencia mediante la creación de una estructura de instancias para la protección jurisdiccional individual. El Tribunal de Primera Instancia es, sobre todo, el "Tribunal administrativo" de la Comunidad [72].

[68] Sobre lo que sigue, *vid.*, también, Hofmann, en Hofmann, Marko, Merli y Wiederin, *Rechtsstaatlichkeit*, pp. 321 ss.

[69] *Europäisches Gemeinschafsrecht*, § 8, núms. margs. 24 y ss.

[70] Sobre esta cuestión, Rengeling, Middeke y Gellermann, *Rechtsschutz in der EU*, núms. margs. 5 y ss.

[71] Hallstein, *Europäische Gemeinschaft*, p. 37.

[72] Kirschner, *Das Gericht erster Instanz*, núms. margs. 2 y 39 y ss.

30. El art. 220 TCE, al contrario que el art. 19.IV de la GG *, no es una cláusula general de protección jurisdiccional frente al poder público. Sin embargo, tiene un significado que va más allá del simplemente declarativo [73]. Aquel precepto es particularmente útil para la interpretación sistemática puesto que ofrece la posibilidad de colmar lagunas. Según esto, la Comunidad es una Comunidad jurídica regulada de tal forma «que ni los Estados miembros ni los órganos de la Comunidad pueden sustraerse a un control que examine si sus actuaciones son conformes con el texto constitucional de la Comunidad: el Tratado» [74]. En un segundo paso, el Tribunal de Justicia ha extendido la garantía jurídico-comunitaria de la protección jurisdiccional a la actuación administrativa de los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario derivado [75]. En este caso se parte también, correctamente, de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, tal y como éstos se garantizan en los arts. 6 y 13 CEDH (por lo que se refiere a la tutela judicial). Precisamente aquí se pone de manifiesto la interdependencia de los datos constitucionales del Derecho administrativo europeo.

Los concretos niveles de protección son parecidos, pero no necesariamente idénticos, a los del Derecho alemán [76]. Mientras que en la regulación de la legitimación para recurrir el Derecho comunitario parte de una cláusula general más abierta que en el Derecho alemán, sin embargo renuncia en el ámbito de la tutela cautelar al efecto suspensivo automático de la interposición del recurso y es más restrictivo en lo que atañe a la intensidad del control del ejercicio del poder público, mediante un reconocimiento más generoso de ámbitos de discrecionalidad y márgenes de apreciación a favor de la Administración. Deducir a partir de estas comparaciones algún déficit de protección jurisdiccional supondría desconocer el margen de libre conformación que debe quedar a todos los ordenamientos jurídicos implicados en el contexto del desarrollo europeo.

2. *El principio estructural de la distribución funcional del poder*

31. El sistema institucional de la Comunidad regulado por los tratados constituye el elemento orgánico del principio del Estado de

* *N. del T.*: Veánse las notas del traductor sobre el art. 19.IV GG en el número 2 del Capítulo Primero.

[73] *Vid.* Beutler, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 164, núms. margs. 1 y ss. También, Schmidt-Assmann, *JZ*, 1994, pp. 832 ss.

[74] STJCE, *Rec.*, 1986, p. 1339 (1365).

[75] STJCE, *Rec.*, 1986, p. 1651 (1682).

[76] *Vid.* Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, pp. 65 ss., 100 ss. y 163 y ss.; Schmidt-Assmann, en Schoch, Schmidt-Assmann y Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, introducción, núms. margs. 101 y ss. En especial, sobre el significado del art. 6 CEDH para el orden jurisdiccional administrativo, Grabenwarter, *Verfahrensgarantien*, pp. 355 ss.

Derecho. El art. 7 TCE parte de un *numerus clausus* de los órganos; los denomina y limita su actuación a las competencias que les son atribuidas por el Tratado. La estructura de los sujetos que ejercen el poder, así regulada y desarrollada con más detalle en los arts. 189 y siguientes TCE, es expresión y garantía «de un principio organizativo de separación de poderes democrático —aunque todavía no desarrollado por completo—, que se deriva de los principios estructurales fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros. En la regulación de los distintos órganos se dieron cita de modo acumulativo, por una parte, concepciones propias del Estado y relativas a la legitimidad del poder público, a la legalidad y la conformidad a Derecho de los procedimientos de decisión y a los *"checks and balances"* dentro del sistema y, por otra, la intención de promover la integración de los pueblos y los Estados» [77].

32. Entre las dos instituciones que participan, de formas diversas, en las funciones típicas de gobierno —el Consejo y la Comisión—, el Parlamento (cuyas competencias siguen fortaleciéndose con el Tratado de Ámsterdam), así como el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas, como instancias de control, se crea una estructura de relaciones que debe garantizar el principio básico de la limitación del poder al servicio de la libertad y del eficaz ejercicio de las competencias, conforme a unas reglas que, ciertamente, son específicas de la Comunidad, pero tampoco tan diferentes del concepto clásico de la separación de poderes [78]. Ese sistema de relaciones se adecua al principio estructural de la distribución funcional del poder [79]. La jurisprudencia se ha servido de esta idea y hace uso del análisis sistemático de las normas de los Tratados que se refieren al conjunto de contrapesos para enjuiciar los desplazamientos competenciales conforme al criterio del *equilibrio institucional* [80]. Como sucede en el caso de otros dogmas pertenecientes al ámbito del Derecho de organización, también se pone claramente de manifiesto aquí que este concepto del equilibrio institucional no posee un contenido concretamente determinado en todos sus aspectos, sino que incluye un juicio valorativo y ponderado de la eficacia y de la capacidad evolutiva de las organizaciones (*vid.* 5/12-14).

33. El equilibrio, desde luego, no es estático; lo que es especialmente cierto para la organización administrativa que se ha desplegado en el nivel de los órganos designados en el art. 7 TCE. Ha sido sobre

[77] Así, Bieber, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 4, núm. marg. 6.

[78] En sentido parecido, Oppermann, *Europarecht*, p. 209; Hofmann, en Hofmann, Marko, Merli y Wiederin, *Rechtsstaatlichkeit*, pp. 326-327.

[79] Con apoyo en Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, § 11.

[80] Referencias más detalladas en Hummer, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentario preliminar al art. 155 TCE, núm. marg. 14. Crítico con este concepto, Bieber, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 4, núm. marg. 66.

todo la autorización general del art. 308 TCE la que más se ha utilizado para crear una serie de organizaciones y órganos subordinados que acentúan el peso de la Administración europea (*vid.* 7/4). Aunque, según el Derecho, no podría atribuirse a estos órganos ninguna competencia que no corresponda a la Comunidad, ni tampoco se les podrían confiar típicas decisiones políticas discrecionales [81], dichos órganos subrayan la tendencia a entender la Comunidad no sólo como Comunidad para la creación de Derecho, sino, también, como Comunidad administrativa [82]. La Comunidad Europea es Comunidad administrativa por la clara orientación ejecutiva de dos de sus órganos y por su función de organizar en común la Administración del espacio comunitario a través de los Estados miembros y de sus propias instancias. Parece que, tras un tiempo de intensa actividad de creación de Derecho, hoy se está en una fase en la que adquieren especial relieve tareas típicamente administrativas de garantía efectiva de la seguridad y de la salud. Los ciudadanos esperan que los niveles de calidad y de protección, por ejemplo, del Derecho alimentario o de aguas, no sólo se establezcan en abstracto, sino que se controle eficazmente en el espacio comunitario su observancia en la práctica. Al Derecho comunitario europeo no le debe resultar difícil reaccionar ante tales evoluciones de la función administrativa, pues su concepción de la distribución del poder entre los órganos comunitarios está, desde el principio, más fuertemente marcada por las funciones encomendadas que la doctrina alemana tradicional de la separación de poderes. El criterio de la eficiencia se incluye sistemáticamente de forma convincente en la valoración jurídica de la estructura institucional. La posición orgánica independiente que se concede al Tribunal de Cuentas en el art. 7 TCE es manifestación de la importancia que se atribuye en el Derecho administrativo europeo a los criterios de la economía del gasto y de la eficiencia. El mantenimiento de la eficacia, el mandato del cumplimiento eficiente de las funciones y competencias y la obligación de cooperación de los órganos son partes integrantes del equilibrio institucional [83].

3. *Garantías materiales [factores determinantes]*

34. El principio del Estado de Derecho propio del Derecho comunitario no se agota en sus manifestaciones de carácter organizativo-institucional. Como sucede con la aplicación del principio del Estado de Derecho en los ordenamientos nacionales, este principio contiene tam-

[81] Así, STJCE, *Rec.*, 1958, p. 9 (40, 44).

[82] *Vid.* Priebe, *Entscheidungsbefugnisse vertragsfremder Einrichtungen*, pp. 171 ss.

[83] *Vid.* Bieber, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 4, núms. margs. 57 y ss.

bién garantías materiales [84] (*vid.* 2/32-65). A éstas corresponde un papel importante como factores de integración. Precisamente estas garantías deben ser determinantes para la formación de un sistema de Derecho administrativo europeo que atienda a algo más que a la perspectiva unilateral de garantizar técnicamente una ejecución uniforme (*vid.* 7/24-25).

35. Son garantías materiales, por una parte, las *libertades fundamentales* del Tratado de la Comunidad Europea. La libre circulación de mercancías, de trabajadores, servicios y capitales y la libertad de establecimiento dirigen la actividad administrativa, sobre todo, en el ámbito regulado por el Derecho administrativo económico, como límites, principios que deben ser objeto de ponderación y directivas para el ejercicio de decisiones discrecionales. Estas libertades son la base del principio de reconocimiento y de la eficacia transnacional en el espacio comunitario (eficacia que deriva de ese principio) de decisiones administrativas de los Estados miembros (*vid.* 7/50) [85]. Además de las libertades fundamentales se ha extendido de forma progresiva la protección propiamente comunitaria de los *derechos fundamentales* [86]. La prohibición expresa de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE) se ha construido como específica manifestación del principio general de igualdad, que pertenece a los principios básicos del Derecho comunitario [87]. El propio Tratado de Maastricht, con la garantía de la libertad general de residencia del actual art. 18 TCE, ofrece un ejemplo de cómo puede transformarse el reconocimiento de manifestaciones concretas de libertad individual en un verdadero derecho fundamental. Pero la contribución más relevante a esta evolución ha venido, hasta ahora, de parte de la jurisprudencia. En este contexto, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos han constituido importantes fuentes complementarias del Derecho en estas materias. A dichas tradiciones y al mencionado Convenio se refiere la obligación de respeto impuesta por el art. 6.2 TUE a la Unión. En su contenido básico los derechos fundamentales no regulados expresamente constituyen *principios generales del Derecho comunitario* [88]. A partir de aquí se pasa a un tercer grupo de contenidos materiales del principio del Estado de Derecho: a los principios, igualmente elaborados en lo esencial por

[84] Sobre lo que sigue, PERNICE, en GRABITZ e HILF, *Europäische Union*, comentario al art. 164 TCE, núms. margs. 42 y ss.; RENGELING, *Grundrechtsschutz in der EG*, pp. 171 ss.

[85] *Vid.* TROBERG, en GROEBEN, THIESING y EHLERMANN, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 57, núms. margs. 14 y ss.; comentario al art. 59, núm. marg. 26.

[86] *Vid.* KOKOTT, *AöR*, 1996, pp. 599 ss.

[87] STJCE, *Rec.*, 1977, p. 1753 (1769-1770). En general, sobre este punto, SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 529 ss.; LENAERTS, *CDE*, 1991, pp. 3 ss.

[88] STJCE, *Rec.*, 1969, p. 419 (425); STJCE, *Rec.*, 1970, p. 1125 (1135); STJCE, *Rec.*, 1974, p. 491 (507). Pueden encontrarse otras referencias en SCHWEITZER y HUMMER, *Europarecht*, núms. margs. 792 y ss. *Vid.*, también, EVERLING, en STERN, *40 Jahre Grundgesetz*, pp. 170 ss.

la jurisprudencia, de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima [89].

36. Las diferencias en lo que atañe a los sujetos obligados por estas garantías se han ido difuminando progresivamente: las libertades fundamentales que primariamente obligaban a los Estados miembros se han convertido también en normas determinantes para la actuación de la Comunidad [90] y, en sentido inverso, los derechos fundamentales propios del Derecho comunitario, dirigidos, en primer término, contra los poderes de la Comunidad, deben ser respetados también por los Estados miembros cuando éstos aplican preceptos del Derecho comunitario [91]. La falta de adhesión formal por parte de la Comunidad al CEDH [92] no ha impedido un avance en la dirección de una más amplia protección de los derechos fundamentales. Esto resulta especialmente visible en ámbitos como, por ejemplo, el de la protección de la salud y de los consumidores, en los que, además del contenido negativo de defensa propio de los derechos fundamentales, se están gestando, también, contenidos positivos garantizados por éstos [93]. No es difícil caer en la cuenta de las consecuencias de esta evolución por lo que se refiere a la extensión de las actividades propias de la Comunidad (también en el ámbito administrativo) y de los problemas que de esto se derivan para el Derecho de organización.

37. Para el Derecho administrativo tienen una especial importancia los principios generales del procedimiento administrativo, en concreto, los *derechos de defensa* [94]. La jurisprudencia y el Derecho comunitario derivado han creado en este ámbito una densa red de garantías procedimentales integrada por obligaciones de motivar, derechos de acceso a los archivos y registros y derechos a no declarar, así como por prohibiciones de utilización incorrecta de las pruebas. Aunque pueden encontrarse reglas equivalentes con un contenido semejante también en los Derechos administrativos de los Estados miembros, las normas del Derecho comunitario, dictadas en primer término para la Administración propia de la Comunidad y dirigidas a ésta, tienen un efecto docente o de modelo cuando se trata de com-

[89] STJCE, *Rec.*, 1961, p. 109 (172); STJCE, *Rec.*, 1973, p. 723 (729); STJCE, *Rec.*, 1975, p. 421 (433). Pueden encontrarse otras referencias en SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, pp. 661 ss. y 911 ss.

[90] Sobre la libre circulación de mercancías, *vid.* MÜLLER-GRAFF, en GROEBEN, THIESING y EHLERMANN, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 30, núms. margs. 294 y ss.

[91] *Vid.* STJCE, *Rec.*, 1991, p. 2925 (2964); con una opinión más matizada, RENGELING, *Grundrechtsschutz in der EG*, pp. 186 ss., en especial, pp. 188 ss.

[92] Dictamen 2/94 del TJCE, *Rec.*, 1996, pp. 1759 ss. Sobre esta cuestión HÄDE y PUTTLER, *EuZW*, 1997, pp. 13 ss.

[93] *Vid.* TJCE, Sentencia de 9 de diciembre de 1997, *DVBl*, 1998, pp. 228 ss.; RENGELING, *Grundrechtsschutz in der EG*, pp. 206 ss.; con una opinión crítica, motivada por razones de tipo competencial, A. SCHMITT GLAESER, *Elemente Europäischen Verfassungsrechts*, pp. 202 ss.

[94] Sobre esto, LENAERTS, en *17. FIDE Kongress*, vol. 3, pp. 510 ss.; KOKOTT, *AöR*, 1996, pp. 616 ss.

pletar la protección que dispensan los procedimientos administrativos de los Estados miembros en la tramitación de asuntos de la Comunidad Europea [95]. Es lógico que, precisamente en este ámbito, se induzca el establecimiento de estándares comunes de protección, que deben regir en la actuación administrativa en *todos* los niveles. Estos estándares constituyen la base jurídica sobre la que puede seguir construyéndose el Derecho administrativo europeo, por ejemplo, en las citadas cuestiones relativas al acceso a los registros y archivos, a la protección de datos y al enjuiciamiento de defectos procedimentales, en el sentido mencionado más arriba de la "tesis del paralelismo".

II. Democracia y transparencia en la delimitación de responsabilidades

38. El ordenamiento jurídico-administrativo europeo se fundamenta asimismo en el principio democrático [96]. La decisión constitucional en favor de la democracia no estructura sólo el Derecho Administrativo nacional, que constituye la base de aquel ordenamiento, sino que igualmente determina la actuación de los órganos comunitarios y, en consecuencia, debe regir también en el ámbito de la cooperación administrativa vertical y horizontal. Una Administración democrática exige una legitimidad suficiente de los órganos administrativos competentes y de sus actuaciones. Además, presupone una estructura organizativa que garantice la transparencia, la claridad en la delimitación de responsabilidades y el control democrático. Es precisamente la complejidad de la articulación de las distintas Administraciones en el espacio comunitario lo que concede una importancia especial a estos factores.

1. *Legitimidad democrática*

39. El poder público comunitario se apoya sobre una doble legitimidad que se concede por el Consejo y el Parlamento Europeo conforme a principios distintos. Los Gobiernos representados en el Consejo obtienen su legitimidad a partir de las reglas propias del sistema parlamentario de sus respectivos países y conceden la legitimidad democrática *que pertenece a los Estados miembros* [97]. El Parlamento Europeo dispone de una legitimidad *propia*, procedente de elecciones

[95] *Vid.* STREINZ, en *HStR*, vol. 7, § 182, núm. marg. 8.

[96] HALLSTEIN, *Europäische Gemeinschaft*, p. 43: «dos principios estructurales superiores dominan el ordenamiento comunitario: el Derecho (el *rule of law* —por no hablar demasiado pronto del principio del Estado de Derecho—) y la democracia».

[97] Sobre la adopción de decisiones, RÖHL, *EuR*, 1994, pp. 409 ss.; SCHAFFER, *ZÖR*, 1996, pp. 3 ss.

directas por los electorados de los Estados que integran la Comunidad (art. 189 TCE). Legitimidad democrática derivada de los Estados miembros y legitimidad democrática propia, *conjuntamente*, constituyen el fundamento democrático del poder público comunitario. Sobre esto las opiniones son unánimes [98]. Se discute, sin embargo, el peso que debe darse a ambos tipos de legitimidad y el desarrollo futuro de su relación recíproca. Una aproximación más bien estática atribuye a la legitimidad que procede del Parlamento Europeo sólo una función de apoyo y destaca, sobre todo, los límites a su evolución, que derivan de un modelo de legitimidad determinado por el concepto de pueblo nacional [99]. Frente e eso, la concepción que aquí se utiliza de la Unión Europea como un proceso de integración permite atribuir a la legitimidad que procede del Parlamento Europeo un peso equivalente al que procede de la otra fuente legitimadora (la propia de los Estados miembros) y reconocer de forma estable en "los pueblos" de los Estados que integran la Comunidad un sujeto legitimador independiente y distinto de la suma de los pueblos nacionales.

40. Por lo que se refiere al *sistema administrativo* concentrado en torno a la Comisión hay ya que constatar, según el Derecho vigente, un notable entrecruzamiento de las líneas legitimadoras. La Comisión deriva su legitimidad de tipo *personal* a través de la designación de sus miembros por parte de los Gobiernos de los Estados miembros, que debe ir seguida de un voto de aprobación del Parlamento Europeo y, obtenida ésta, de un nombramiento que, de nuevo, corresponde a los Gobiernos de los Estados miembros (art. 214 TCE). El Parlamento dispone, además, de las facultades parlamentarias habituales de formular preguntas y solicitar información, así como la de constituir comisiones de investigación (art. 193 TCE). También puede el Parlamento, a través de la moción de censura, retirar su confianza a la Comisión y obligar a sus miembros a la renuncia colectiva a sus cargos (art. 201 TCE). No obstante, la eficacia de la utilización de este instrumento de control parlamentario, como también sucede con el mencionado voto de aprobación, es limitada por cuanto sólo se puede ejercer respecto del colegio en su conjunto, y no frente a cada uno de sus miembros [100]. La legitimidad *material* de la Administración comunitaria se consigue, sobre todo, a través de su vinculación al Derecho dictado por el Consejo y el Parlamento y por la dirección que deriva de la ejecución del presupuesto comunitario conforme al art. 274 TCE. Los órganos administrativos subordinados obtienen su legitimidad de los superiores a través de las facultades que éstos ostentan de dirigir la

[98] *Vid.*, con referencias más detalladas, KLUTH, *Demokratische Legitimation der EU*, pp. 67 ss.; OETER, *ZaöRV*, 1995, pp. 659 ss., en especial, pp. 681 ss.

[99] *BVerfGE*, 89, 155 (185-186); KIRCHHOF, *EuR*, 1991, suplemento 1, p. 14; DOEHRING, *DVBl*, 1997, p. 1134.

[100] En concreto, sobre estas facultades de control, *vid.* HAAG y BIEBER, en GROEBEN, THIESING y EHLERMANN, *EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 137, núms. margs. 18 y ss.

actividad de aquéllos mediante circulares e instrucciones. Parece débil, sin embargo, la legitimidad material de los órganos independientes. Esta situación puede aceptarse en la medida en que se entiendan sus tareas como meras funciones accesorias técnicas y materiales. Pero el crecimiento (que ya empieza a destacarse) del peso político de estas actividades realizadas de forma independiente plantea de manera acuciante, sin duda, la necesidad de un grado suficiente de legitimidad democrática [101].

41. En la medida en que las competencias ejecutivas se hallan vinculadas a los procedimientos de la *comitología* [102] se produce una duplicación de los mecanismos legitimadores, porque los funcionarios nacionales que actúan en estos comités aportan, con su intervención en el plano de la ejecución, también elementos de legitimidad propia de los Estados miembros. Esta aportación, sin embargo, se desequilibra por una cierta opacidad del procedimiento de adopción de las decisiones. La complicada estructura que existe en el plano de la creación del Derecho entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento se reproduce de esta forma en el ámbito de la Administración [103].

42. Menos atención ha despertado hasta ahora la cuestión de la legitimidad en los casos de la cooperación administrativa horizontal y, como derivación de ésta, en los de la eficacia transnacional de las decisiones administrativas de los Estados miembros. Y lo mismo puede decirse en los supuestos en que funcionarios de un Estado miembro, sobre la base del Derecho comunitario, ejercen, por ejemplo, competencias de inspección bancaria en el territorio de otro Estado miembro [104].

2. *Transparencia y control democrático*

43. Parece claro que un desarrollo más amplio de las modalidades de legitimidad no basta por sí solo para cumplir con las exigencias del principio democrático. El ejemplo de la comitología muestra cómo, en algunos casos, el sistema de legitimación dual presente en la estructura de la Comunidad puede, incluso, perjudicar considerablemente la transparencia y la claridad en la delimitación de responsabilidades; y el hecho es que con ello se malogra un presupuesto de la participación ciudadana y de la posibilidad de control democrático. El tan frecuentemente criticado "déficit democrático" de la Comunidad es, en primer término, un "déficit de transparencia" [105]. La complicación de los procesos políticos de decisión convierte en una tarea ardua identificar con claridad a quién corresponden las decisiones y cuál es la concatenación entre ellas, así como a quién hay que exigir responsabilidades [106]. Este problema capital de la democracia en el mencionado "sistema de varios niveles" europeo afecta de lleno también a la *Administración* del espacio comunitario y a las complicadas estructuras en que se articula. Entre las alternativas posibles para potenciar el principio democrático no es fácil la elección: una mayor proximidad al ciudadano hace preferible una ejecución administrativa descentralizada y un fortalecimiento de los elementos de legitimidad propios del Estado miembro en el modelo administrativo europeo. Pero en los ámbitos en los que, por esta vía, sólo puede conseguirse que los efectos de la correspondiente actuación ejecutiva tengan alcance en todo el ámbito comunitario a costa de la claridad en la delimitación de responsabilidades parece preferible centralizar las decisiones en la Administración propia de la Comunidad Europea. La ampliación de este ámbito de decisiones centralizadas en el plano de la Comunidad Europea, desde luego, tiene que realizarse con un fortalecimiento de los controles parlamentarios y con inclusión del control de cuentas.

44. El Tratado de Ámsterdam, acertadamente, hace de la transparencia una cuestión central. La línea directiva se encuentra en la nueva redacción del art. 1, párrafo 2, TUE, según el cual las decisiones deben tomarse no sólo de la forma más próxima posible a los ciudadanos, sino también "de la forma más abierta posible". Además, el nuevo art. 255 TCE eleva la garantía del derecho de acceso a documentos de los órganos comunitarios (hasta ahora regulado sólo en las normas del Derecho derivado) a los Tratados constitutivos de la Comunidad. Este precepto, por lo demás, atribuye al Consejo (con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 TCE) la difícil tarea de hacer compatibles el derecho de acceso a los archivos y registros con el derecho a la protección de datos, que también está ya garantizado en el propio Derecho originario (art. 286 TCE). Aparte de estas propuestas, podría pensarse sobre la conveniencia de hacer más eficaz el control, ya profusamente utilizado en la Comunidad Europea, a través de la emisión de informes. Podría servir a estos efectos la emisión de informes sobre las actividades realizadas por comisiones independientes o, al menos, la previsión de que se incorporen observaciones de contrario y de carácter crítico (*vid.* 4/70).

45. Las estructuras administrativas democráticas sólo pueden desarrollarse en el espacio comunitario —como también sucede en

[101] EVERLING, en *FS für Ophüls*, pp. 33 ss.; BARTODZIEJ, *Reform der EG - Wettbewerbsaufsicht*, pp. 266 ss.

[102] Decisión 373/87, de 13 de julio de 1987, del Consejo, por la que se establecen las modalidades de ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

[103] *Vid.* DEMMKE y HAIBACH, *DÖV*, 1997, pp. 715-716.

[104] *Vid.* art. 15.1 de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria; transpuesta en Alemania por el § 53 b, ap. 6, KWG. Sobre esta cuestión, GROSS, *JZ*, 1994, pp. 596 ss.

[105] Así, acertadamente, OETER, *ZaöRV*, 1995, p. 703.

[106] Sobre esto, *vid.* el análisis de ZÜRN, *PVS*, 1996, pp. 27 ss., en especial, pp. 39 ss.

el ámbito del Derecho administrativo nacional (*vid.* 2/79-116)— en forma de mosaico. En esto no se diferencian de las estructuras estatales en las que rige el principio del Estado de Derecho. Es importante caer en la cuenta de que a partir de los postulados ya existentes hay que alcanzar un modelo que conecte de forma especial la legitimidad con la transparencia. El alto grado de imbricación y entrelazamiento de las Administraciones en el espacio comunitario hace necesario, como primer paso, que los ciudadanos de la Unión conozcan los procesos de decisión y los trámites en los que dichos procesos permiten una participación democrática y adquieran confianza en la eficacia del ejercicio de dichos derechos de participación. Para eso, los presupuestos más importantes son la transparencia y la apertura a la opinión pública.

C. RECAPITULACIÓN: EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO COMO UNA TAREA O FUNCIÓN DE CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA EN COMÚN

46. El estudio del Derecho administrativo europeo debe superar el punto de vista que atiende exclusivamente a la idea de la "europeización" del Derecho nacional, que ha dominado el debate en la doctrina alemana de los últimos años. El análisis del influjo del Derecho comunitario europeo en el Derecho administrativo tradicional sigue siendo importante (*vid.* 1/50-60), pero esa influencia no debe valorarse a partir de una actitud defensiva que en cada cambio ve un peligro. Desde la perspectiva contraria, hay que reconocer que tampoco se trata de interpretar el Derecho administrativo de los Estados miembros exclusivamente conforme a las exigencias del mandato de una aplicación lo más uniforme posible del Derecho comunitario. Esa perspectiva que tan sólo atiende a la uniformidad en la ejecución no puede crear una base jurídica duradera y sólida, porque no tiene en cuenta en grado suficiente que cada ordenamiento jurídico-administrativo constituye, antes que nada, una ordenación material de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración. La gestación de un Derecho administrativo europeo sólo puede comprenderse como una tarea común que abarca todos los estratos jurídicos, con sus experiencias y sus condicionamientos funcionales. Es aquí donde debe comprobarse la tesis según la cual toda formación de un sistema en el Derecho administrativo es una tarea "discursiva" [107].

47. Es evidente que las Administraciones de los Estados miembros y la Administración de la Comunidad Europea ocupan posiciones distintas. Es característica del nivel comunitario la mayor cercanía a

[107] Sobre esto, VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 40-41 y 479-480; consideraciones semejantes en SCHOCH, *DVBl*, 1997, p. 296.

la política. La Comisión es, sobre todo, un órgano que actúa políticamente (*vid.* 7/4). Sus competencias más importantes están marcadas por ese carácter, en especial, las que le corresponden en el procedimiento de creación del Derecho. Pero *también* tiene la Comisión competencias administrativas, lo que es todavía más claro en el caso de los órganos que le están subordinados. Los *retos* que se plantean a las Administraciones del espacio europeo en todos los niveles, en cuanto a lo que la Administración debe hacer y cómo debe hacerlo, son parecidos. Hoy ya no es posible separar o distinguir en función de los niveles administrativos las expectativas y las necesidades de protección del ciudadano de la Unión y las exigencias de la técnica y de una economía globalizada. Y en el futuro, en el contexto de una Unión monetaria, eso será más difícil todavía. También los *fundamentos materiales* del concepto de Administración se encuentran en un proceso de aproximación y unificación. Su elemento más importante sigue siendo el papel central que ocupa la protección del individuo en el sistema del Derecho administrativo. Esta orientación deriva de los derechos fundamentales, cuya vigencia en todos los estratos jurídicos está ya asegurada. Las diferencias que existen en puntos concretos, en cuanto a los niveles de protección jurídico-administrativa (por ejemplo, en la configuración de la protección de la confianza por el Derecho alemán y por el Derecho comunitario europeo) [108], no constituyen obstáculos insalvables. Pero, precisamente porque existe esa base común, puede el Derecho administrativo europeo valerse también de otras líneas o instrumentos directivos que vayan más allá de la mencionada orientación individualista, como sucede cuando se pone el acento en la función que cumple o ejerce la opinión pública y su participación.

48. En la construcción del Derecho administrativo europeo vuelven a encontrarse las mismas partes del sistema que también estructuran y ordenan el Derecho alemán. La articulación en torno a *formas jurídicas* —malinterpretadas, a veces, en la doctrina alemana como manifestación de una incorrecta comprensión estática, ya superada— se confirma, en su versión europea, por la enumeración de formas del art. 249 TCE. En todos los niveles, la forma es un importante instrumento estructurador y de racionalización. Además de esas formas, también se dan en la práctica administrativa de la Comunidad Europea numerosas manifestaciones de actividades o acciones de carácter informal de la Administración que, sin perjuicio del principio de la competencia limitada (o principio atributivo de competencias) [arts. 5 (párrafo 1) y 7.1 (párrafo 2) TCE], se muestran como una posibilidad inevitable de flexibilización en un Derecho administrativo

[108] *Vid.* STJCE, *Rec.*, 1957, p. 84 (118-119); STJCE, *Rec.*, 1975, p. 533 (549); STJCE, *Rec.*, 1983, p. 2633 (2665-2666); STJCE, *Rec.*, 1987, p. 1005 (1036); BORCHARD, *Vertrauensschtuz im EG-Recht*; LETEMENDIA, *Retrait et abrogation*; RICHTER, *Rückforderung staatlicher Beihilfen*.

dominado por las formas [109]. Su análisis y su regulación concreta siguen siendo una tarea a largo plazo en el Derecho administrativo de todos los estratos jurídicos.

El sistema de las formas de actuación del Derecho administrativo europeo se sirve, en especial, de la idea ordenadora del *procedimiento*. Además de la función de protección jurídica destaca claramente en este ámbito la función política de la composición de intereses a través del procedimiento (*vid.* 6/101). La motivación que el art. 253 TCE prevé también para los actos de creación de Derecho a través de Reglamentos y Directivas podría constituir un punto de partida para avanzar en la regulación del procedimiento de aprobación de las disposiciones administrativas en general (*vid.* 6/75). La doctrina de los *parámetros* o cánones de la acción administrativa pone de manifiesto la existencia de una análoga estructura fundamental que permite la comparación, sin perjuicio de algunas concretas diferencias. La más intensa integración en el plano europeo del parámetro o criterio de la eficiencia puede constituir un impulso para el Derecho alemán semejante al que, en sentido contrario, supone el principio de proporcionalidad para el Derecho comunitario europeo. Consideraciones semejantes pueden hacerse, por último, para completar el sistema de las formas de actuación de la Administración con un sistema de responsabilidad y de protección jurisdiccional. La responsabilidad del Estado y la tutela judicial constituyen, en todos los niveles del ordenamiento jurídico-administrativo, los mecanismos que complementan la regulación de la actuación administrativa mediante una dirección de ésta *ex post*.

49. Especiales exigencias debe afrontar la formación del sistema de Derecho administrativo por lo que se refiere a las numerosas actuaciones dirigidas a la *cooperación administrativa* vertical y horizontal. Éstas constituyen algo específico de la Administración del espacio comunitario por lo que exigen la creación de conceptos jurídicos propios que, no obstante, deben ser desarrollados en el contexto de las estructuras de cualquier actuación administrativa (*vid.* 1/61-63).

Un papel de primer orden para la cooperación administrativa le corresponde al intercambio de información, que es la base de cualquier colaboración entre Administraciones. Por eso puede afirmarse que el Derecho de la cooperación es, en su base, Derecho administrativo de la información (*vid.* 6/7-11). La importancia específica de la información para el sistema jurídico se constata en este ámbito más claramente que en el del Derecho administrativo nacional, porque las redes o los sistemas de información en el marco europeo no se encuentran dados, sino que hay que crearlos poco a poco. La construcción sis-

[109] Grabitz, en Grabitz e Hilf, *Europäische Union*, comentario al art. 189 TCE, núms. margs. 30 y ss.; Daig y Schmidt, en Groeben, Thiesing y Ehlermann, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, comentario al art. 189, núms. margs. 15 y ss.

temática de las obligaciones de intercambio de información, de la necesidad de protección que de ellas deriva y de los efectos jurídicos determinantes que proceden de dar o negar una información constituye el primer paso de un Derecho de la cooperación administrativa.

50. Otras funciones ha de cumplir el sistema de Derecho administrativo en los casos en que simples intercambios de información han terminado convirtiéndose en procedimientos complejos dirigidos a la adopción de decisiones. El análisis de estos procedimientos y la determinación de los trámites a los que pueden vincularse las correspondientes medidas jurídico-administrativas de protección y de estabilización se encuentran en los comienzos. Un primer paso debe ser el desarrollo de un concepto jurídico uniforme de *decisión* europea. Pueden ser puntos de apoyo en esta labor los arts. 249, párrafo 4, TCE y 4.5 del Código aduanero comunitario [110] y el § 35 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana de 1976 (VwVfG). Los efectos vinculantes, la firmeza y las cargas de impugnación que aparezcan conectados a tal concepto de decisión no podrán configurarse de forma única para todas las situaciones, pero, con los matices que sean necesarios, sí podrán regularse conforme a un modelo armónico. En este contexto cabe situar también a los *actos administrativos transnacionales* como una forma de decisión descentralizada con efectos en todo el espacio comunitario [111]. El fundamento que dichos actos encuentran en el principio de reconocimiento del Derecho comunitario (*vid.* 7/35), las diversas técnicas de reconocimiento y los efectos que trascienden del país de origen constituyen los elementos básicos de la dogmática que analice esta cuestión.

51. El análisis de las actuaciones destinadas a la cooperación muestra, finalmente, en torno a qué puntos debe centrarse el desarrollo del *modelo de protección jurisdiccional* [112]. La tutela judicial en el marco europeo ha estado caracterizada hasta ahora por la lógica de la separación que procede de la regla de la ejecución nacional en el propio territorio (*vid.* 7/9). Las obligaciones de cooperación que derivan de la regulación del art. 234 TCE para los tribunales de los Estados miembros y de la Comunidad [113] no descargan al ciudadano que acude a los órganos judiciales, aun en el marco de las relaciones de cooperación, de la necesidad de identificar aquellos puntos que pueden convertirse

[110] Reglamento (CEE) 2913/92.

[111] Nessler, *Europäisches Richtlinienrecht*, pp. 5 ss. y 76 ss.; Happe, *Grenzüberschreitende Wirkung nationaler Verwaltungsakte*, pp. 83 ss.; Gross, *JZ*, 1994, p. 599; Schwarze, *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, pp. 135 ss. y 150-151; Schmidt-Assmann, *DVBl*, 1993, pp. 935-936; y, del mismo autor, *EuR*, 1996, pp. 299 ss.

[112] Burgi, *Verwaltungsprozess und Europarecht*, pp. 55-56; Schmidt-Assmann, en *FS für Bernhardt*, pp. 1302-1303; Ehlers y Pünder, *EuR*, 1997, pp. 74 ss.

[113] Sobre esta cuestión, Dauses, *Vorabentscheidungsverfahren*. *Vid.*, también, las indicaciones del TJCE sobre la presentación de la cuestión prejudicial por órganos judiciales nacionales en *EuZW*, 1997, p. 142.

en objeto de una demanda judicial o, incluso, bajo la amenaza de perder el derecho al recurso, que deben obligatoriamente ser objeto de dicha demanda. Buena muestra de estos riesgos se encuentra en los asuntos "Borelli" y "Textilwerke Deggendorf" [114]. Parece claro, sin embargo, que la protección jurisdiccional en el marco comunitario no debe concederse como protección eficaz sólo en cada uno de sus planos considerado aisladamente [115], sino que debe alcanzar también los ámbitos de solapamiento y las zonas de penumbra de las relaciones de cooperación. Esto exige de las Administraciones implicadas, por lo pronto, una suficiente información a los destinatarios del contenido de las decisiones y de los posibles recursos frente a ellas. Pero, a la larga, serán inevitables algunas reformas prudentes del principio de separación que respondan a la realidad de una intensa "europeización" de las actividades administrativas e incluyan la posibilidad de un traspaso de los límites territoriales de la jurisdicción de una de las partes de la cooperación por los tribunales de otra de ellas. El estudio de las cuestiones relativas a la *relación de cooperación* de las jurisdicciones en el marco europeo se centra hoy, sobre todo, en la relación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales [116]. Sin embargo, el tratamiento de las cuestiones que suscita esa relación en el orden jurisdiccional administrativo debe tener mayor alcance: debe abarcar no sólo el caso conflictivo de alta política, sino la normalidad de la cooperación administrativa cotidiana y, con ello, también las relaciones jurídicas horizontales de las jurisdicciones nacionales. Como sucede con la construcción de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, los órganos judiciales se muestran como una de las fuerzas más activamente conformadoras del sistema también para el desarrollo de un Derecho administrativo europeo. Esto ya se ha destacado con frecuencia con respecto al Tribunal de Justicia [117], pero debe poder decirse también de la completa organización de los tribunales de la Comunidad y de los Estados miembros.

52. Una *ciencia europea del Derecho administrativo* debe acompañar a la actividad de los órganos judiciales. De la formación del sistema se dice que es una tarea o función común también porque debe construirse a partir de la interacción del análisis de carácter teórico y de una aproximación práctica, que se ocupe de las resoluciones singulares. Sin esta complementariedad la formación del sistema no

[114] SSTJCE, *Rec.*, 1992, p. 6313 (6334-6335) y *Rec.*, 1994, p. 833 (852-853). *Vid.*, también, STJCE, *Rec.*, 1997, p. 585 (603-604).

[115] *Vid.* TOMUSCHAT, en *FS für Redeker*, pp. 273 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, en *FS für Bernhardt*, pp. 1283 ss.

[116] *BVerfGE*, 89, 155 (174-175); con matices distintos en sus opiniones, KIRCHHOF, *EuR*, 1991, suplemento 1, pp. 11 ss.; HIRSCH, *NJW*, 1996, pp. 2457 ss.

[117] *Vid.* SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, pp. 57 ss.; EVERLING, *NVwZ*, 1987, pp. 1 ss.; BORCHARDT, en *GS Grabitz*, pp. 29 ss.; en tono crítico, VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System*, pp. 132 ss.

puede alcanzar la finalidad de ofrecer líneas de orientación junto a marcos de reflexión (*vid.* 1/1-2). La construcción de esta ciencia del Derecho administrativo está avanzando. En asociaciones y revistas especializadas se amplía su necesaria infraestructura científica. Estudios de Derecho comparado y un intenso tratamiento del Derecho comunitario europeo y el CEDH han aportado contribuciones notables. Hoy es importante que se reconozca como tarea de la ciencia del Derecho administrativo no sólo el Derecho, sino también la comprensión de las estructuras administrativas del espacio europeo con sus propias formas de actuación y sus redes. Asegurar los requisitos de eficacia de esas estructuras y prevenir sus situaciones de peligro no es algo que pueda confiarse exclusivamente al concreto precepto o a la decisión jurídica. Es algo que exige un concepto integrador y comprensivo de los presupuestos de la regulación y de los límites de la capacidad directiva del Derecho: una ciencia europea del Derecho administrativo que derive de una idea ordenadora en Europa *.

* *N. del T.*: Véase, sobre este término, la primera nota del núm. 1 del Capítulo Primero.

BIBLIOGRAFÍA

ACHTERBERG, Norbert: *Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung, Rechtstheorie,* 1978, S. 385 ff.

ACHTERBERG, Norbert: *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 2. Aufl., 1986.

V. ARNIM, Hans Herbert: *Staatslehre der Bundesrepublik Deustschland,* 1984.

V. ARNIM, Hans Herbert: *Wirtschftlichkeit als Rechtsprinzip,* 1988.

V. ARNIM, Hans Herbert: «Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene», *DÖV,* 1990, S. 85 ff.

AUBY, Jean-Marie: *La procédure administrative non contentieuse,* Recueil Dalloz, 1956, Chronique, S. 27 ff.

AULEHNER, Josef: «Wandel der Informationskompetenz bei der Erfüllung der staatlichen Kernaufgaben», in: HARATSCH/KUGELMANN/REPKEWITZ, *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft,* S. 195 ff.

AULEHNER, Josef: *Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge,* 1998.

BACHOF, Otto: «Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht», in: *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,* 1955.

BACHOF, Otto: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL,* Bd. 30 (1972), S. 193 ff.

BADURA, Peter: «Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat», *Recht und Staat,* Heft 328, 1966.

BADURA, Peter: «Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat», *DÖV,* 1966, S. 624 ff.

BADURA, Peter: *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates,* 1967.

BADURA, Peter: «Der Sozialstaat», *DÖV,* 1989, S. 491 ff.

BADURA, Peter: «Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten», in: *Festschrift für Walter Odersky,* 1996, S. 159 ff.

BADURA, Peter: *Staatsrecht,* 2. Aufl., 1996.

BALS, Hansjürgen: «Der ehrliche Haushalt», in: *Henneke, Steuerung der kommunalen Aufgabenerfüllung,* S. 97 ff.

BANNER, Gerhard/REICHARD, Christoph (Hrsg.): *Kommunale Managementkonzepte in Europa,* 1993.

BARTODZIEJ, Peter: *Reform der EG-Wettbewerbsaufsicht und Gemeinschaftsrecht,* 1994.

BATTIS, Ulrich: *Partizipation im Städtebaurecht,* 1976.

BATTIS, Ulrich: *Allgemeines Werwaltungsrecht,* 5. Aufl., 1997.
BATTIS, Ulrich/KERSTEN, Jens: «Demokratieprinzip und Mitbestimmung im öffentlichen Dienst», *DÖV,* 1996, S. 584 ff.
BAUER, Hartmut: *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht,* 1986.
BAUER, Hartmut: «Altes und Neues zur Schutznormlehre», *AöR,* Bd. 113 (1988), S. 582 ff.
BAUER, Hartmut: «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?», *DV,* Bd. 25 (1992), S. 301 ff.
BAUER, Hartmut: «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *VVDStRL,* Bd. 54 (1995), S. 243 ff.
BAUER, Hartmut: «Die negative und die positive Funktion des Verwaltungsvertragsrechts», in: *Festschrift für Franz Knöpfle,* 1996, S. 11 ff.
BECK, Ulrich: *Risikogesellschaft,* 1986.
BECKER, Bernd: *Öffentliche Verwaltung,* 1988.
BECKER, Jürgen: *Gewaltenteilung im Gruppenstaat,* 1986.
BECKER-SCHWARZE, Kathrin/KÖCK, Wolfgang/KUPKA, Thomas/VON SCHWANENFLÜGEL, Matthias (Hrsg.): *Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht,* 1991.
BECKMANN, Martin: «Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle», *DVBl,* 1987, S. 611 ff.
BRENDA, Ernst/MAIHOFER, Werner/VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 2. Aufl., 1994.
BENZ, Arthur: «Verhandlungssysteme und Mehrebenen-Verflechtung im kooperativen Staat», in: SEIBEL/BENZ, *Regierungssystem und Verwaltungspolitik,* S. 83 ff.
BENZ, Arthur: *Kooperative Verwaltung,* 1994.
BETHGE, Herbert: «Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», *NJW,* 1982, S. 1 ff.
BETHGE, Herbert: «Zur Funktion und Relevanz eines Medienverwaltungsrechts», *DV,* Bd. 27 (1994), S. 433 ff.
BETTERMANN, Karl A.: *Der totale Rechtsstaat,* 1986.
BEYERLIN, Ulrich: *Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit,* 1988.
v. BEYME, Klaus: *Der Gesetzgeber,* 1997.
BIEBACK, Karl-Jürgen: *Die öffentliche Körperschaft,* 1976.
BLANKE, Hermann-Josef/KUSCHNICK, Michael: «Bürgernähe und Effizienz als Regulatoren des Widerstreits zwischen Erweiterung und Vertiefung der Europäischen Union», *DÖV,* 1997, S. 45 ff.
BLANKENAGEL, Alexander: «Klagefähige Rechtspositionen im Umweltrecht», *DV,* Bd. 26 (1993), S. 1 ff.
BLECKMANN, Albert: «Der Verwaltungsvertrag als Handlungsmittel der Europäischen Germeinschaften», *DVBl,* 1981, S. 889 ff.
BLÜMEL, Willi/PITSCHAS, Rainer (Hrsg.): *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts,* 1994.
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: «Organ, Organisation, juristische Person», in: *Festschrift für Hans Julius Wolff,* 1973, S. 269 ff.
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt,* 2. Aufl., 1981.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: «Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie», in: *Festschrift für Kurt Eichenberger,* 1982, S. 301 ff.
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: «Demokratie als Verfassungsprinzip», in: *HStR,* Bd. 1, § 22.
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: «Grundrechte als Grundsatznormen», *Staat,* Bd. 29 (1990), S. 1 ff.
BÖHM, Monika: *Der Normmensch,* 1996.
BÖHM, Monika: «Voraussetzungen einer Staatshaftung bei Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht», *JZ,* 1997, S. 53 ff.
BÖHRET, Carl/HILL, Hermann (Hrsg.): *Ökilogisierung des Rechtsund Verwaltungssystems,* 1994.
BÖS, Dieter/SCHNEIDER, Friedrich: «Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand», *ZGR,* 1996, S. 519 ff.
v. BOGDANDY, Armin: «Das deutsche Staatshaftungsrecht vor der Herausforderung der Internationalisierung», *AöR,* Bd. 122 (1997, S. 268 ff.
BOHNE, Eberhard: *Der informale Rechtsstaat,* 1981.
BOHNE, Eberhard: «Informales Verwaltungshandeln», in: *HdUR,* Bd. 1, S. 1046 ff.
BOHNE, Eberhard: «Aktuelle Ansätze zur Reform umweltrechtlicher Zulassungsverfahren», in: BLÜMEL/PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts,* S. 41 ff.
BONK, Heinz Joachim: «Strukturelle Änderung des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz», *NVwZ,* 1997, S. 320 ff.
Bonner Kommentar: Dolzer, Rudolf (Gesamthrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Lsbl.), Stand, 1997.
BORA, Alfons: «Inklusion und Differenzierung. Bedingungen und Folgen der „Öffentlichkeitsbeteiligung" im Recht», in: VAN DEN DAELE/NEIDHARDT, *Kommunikation und Entscheidung,* S. 371 ff.
BORCHARDT, Klaus-Dieter: *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht,* 1988.
BORCHARDT, Klaus-Dieter: «Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften», in: *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz,* 1995, S. 29 ff.
v. BORRIES, Reimer: «Verwaltungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft», in: DUE, Ole/LUTTER, Marcus/SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling,* Bd. 1, 1995, S. 127 ff.
BRAUN, Dietmar: *Die politische Steuerung der Wissenschaft,* 1997.
BRECHMANN, Winfried: *Die richtlinienkonforme Auslegung,* 1994.
BRENNER, Michael: *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union,* 1996.
BRENNER, Michael: «Die Umsetzung der Richtlinie über öffentliche Aufträge in Deutschland», *EuR,* 1996, Beih. 1, S. 23 ff.
BREUER, Rüdiger: «Grundrechte als Anspruchsnormen», in: *Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts,* 1978, S. 89 ff.
BREUER, Rüdiger: *Verwaltungsrechtliche Prinzipien und Instrumente des Umweltschutzes,* 1989.
BREUER, Rüdiger: *Entwicklungen des europäischen Umweltrechts,* 1993.
BROHM, Winfried: *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung,* 1969.

BROHM, Winfried: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor der Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, Bd. 30 (1972), S. 245 ff.

BROHM, Winfried: «Wirtschaftsrecht – Anrecht und Aufgabe», *DÖV*, 1979, S. 18 ff.

BROHM, Winfried: «Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *DVBl*, 1986, S. 321 ff.

BROHM, Winfried: «Alternative Steuerungsmöglichkeiten als „bessere" Gesetzgebun?», in: HILL, *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, S. 217 ff.

BROHM, Winfried: «Sachverständige Beratung des Staates», *HStR*, Bd. 2, § 36.

BROHM, Winfried: «Stellung und Funktion des Verwaltungsrichters», *DV*, Bd. 24 (1991), S. 137 ff.

BROHM, Winfried: «Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb», *NJW*, 1994, S. 281 ff.

BROHM, Winfried: «Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln», *DVBl*, 1994, S. 133 ff.

BROHM, Winfried: *Öffentliches Baurecht*, 1997.

BRUGGER, WINFRIED: «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», *AöR*, Bd. 119 (1994), S. 1 ff.

BRUNNER, Otto/CONZE, Werner/KOSELLECK, Reinhart (Hrsg.): *Geschichtliche Grundbegriffe, Historiesches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, 7 Bde., 2 RgBde., 1972 ff.

BRYDE, Brun-Otto: «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», *VVDStRL*, Bd. 46 (1988), S. 181 ff.

BRYDE, Brun-Otto/HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Hrsg.): *Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein*, 1988.

BUDÄUS, Dietrich/EICHHORN, Peter (Hrsg.): *Public Private Partnership*, 1997.

BULL, Hans Peter: *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl., 1977.

BULL, Hans Peter: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1997.

BULLINGER, Martin: «Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung», *JZ*, 1984, S. 1001 ff.

BULLINGER, Martin: «Freiheit von Presse, Rundfunk, Film», in: *HStR*, Bd. 6, § 142.

BULLINGER, Martin: «Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart», in: *Festschrift für Rittner*, 1991, S. 69 ff.

BULLINGER, Martin: «Beschleunigte Genehmigungsund Planungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben», in: BLÜMEL/PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, S. 127 ff.

BULLINGER, Martin: «Investitionsförderung durch nachfragegerechte und kooperative Beschleunigung von Genehmigungsverfahren», *JZ*, 1994, S. 1129 ff.

BULLINGER, Martin (Hrsg.): *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986.

BULLINGER, Martin (Hrsg.): *Von der bürokratischen Verwaltung zum Verwaltungsmanagement*, 1993.

BUMKE, Ulrike: *Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten*, 1995.

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT: *„Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren"*, 1994.

BURGI, Martin: *Verwaltungsprozeß und Europarecht*, 1996.

BURMEISTER, Günter Cornelius: *Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts*, 1991.

BURMEISTER, Joachim: «Grundgesetzliche Verfahrensstrukturierungsgebote komplexer Verwaltungsentscheidungen», in: *UTR*, Bd. 5, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1988, S. 121 ff.

BURMEISTER, Joachim: «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten», *VVDStRL*, Bd. 52 (1993), S. 190 ff.

CANARIS, Claus-Wilhelm: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983.

CAPPELLETTI, Mauro: *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1991.

CASSESE, Sabino: «Legislative Regulation of Adjudicative Procedures», *EuZöR*, 1993, Sonderheft, S. 15 ff.

CASSESE, Sabino: «Der Einfluß des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungsrechtssysteme», *Staat*, Bd. 33 (1994), S. 25 ff.

CHMIELEWICZ, Klaus/EICHHORN, Peter (Hrsg.): *Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft*, 1989.

CLASSEN, Claus Dieter: *Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule*, 1994.

CLASSEN, Claus Dieter: *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996.

CLASSEN, Claus Dieter: «Die Europäisierung der Verwaltungsrechts», in: KREUZER/SCHEUING/SIEBER, *Europäisierung der Rechtsordnungen*, S. 107 ff.

COLLATZ, Brigitte: *Die neuen europäischen Zulassungsverfahren für Arzneimittel*, 1996.

CRAIG, Paul P.: «Discretionary power in modern administration», in: BULLINGER, *Verwaltungsermessen*, S. 79 ff.

CRAIG, Paul P.: *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, 1990.

CRAIG, Paul P.: «Procedures and Administrative Decisionmaking», *EuZöR*, 1993, Sonderheft, S. 55 ff.

CZERWICK, Edwin: «Zu den konzeptionellen Grundlagen und zum gegenwärtigen Stand der Verwaltungsinformatik», *DV*, Bd. 24 (1991), S. 47 ff.

CZERWICK, Edwin: «Verwaltungsinformatik als wissenschaftliche Fachdisziplin», *VerwArch*, Bd. 83 (1992), S. 436 ff.

CZERWICK, Edwin: «Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation», *DÖV*, 1997, S. 973 ff.

CZYBULKA, Detlef: *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, 1989.

VAN DEN DAELE, Wolfgang/NEIDHARDT, Friedhelm (Hrsg.): *Kommunikation und Entscheidung* (WZB-Jahrbuch), 1996.

DAMM, Reinhard: «Neue Risiken und neue Rechte», *ARSP*, 1993, S. 159 ff.

v. DANWITZ, Thomas: «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht», *VerwArch*, Bd. 84 (1993), S. 73 ff.

v. DANWITZ, Thomas: «Vom Verwaltungsprivatzum Verwaltungsgesellschaftsrecht», *AöR*, Bd. 120 (1995), S. 595 ff.

v. DANWITZ, Thomas: *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996.

v. DANWITZ, Thomas: «Umweltrechtliche Präklusionsnormen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzgarantie», *UPR*, 1996, S. 323 ff.

v. DANWITZ, Thomas: «Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte», *DÖV*, 1996, S. 481 ff.

v. DANWITZ, Thomas: «Zur Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre», *DV*, Bd. 30 (1997), S. 339 ff.

DAUSES, Manfred A.: *Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag,* 2. Aufl., 1995.
DAUSES, Manfred A. (Hrsg.): *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts* (Lsbl.), Stand, April 1997.
DE SMITH, Stanley/WOOLF, Harry/JOWELL, Jeffrey: *Judicial Review of Administrative Action,* 5. Aufl., London, 1995.
DEGENHART, Christoph: «Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe», *VVDStRL,* Bd. 55 (1996), S. 190 ff.
DEMMKE, Christoph/HAIBACH, Georg: «Die Rolle der Komitologieausschüsse bei der Durchführung der Gemeinschaftsrechts und in der Rechtsprechung der EuGH», *DÖV,* 1997, S. 710 ff.
DENNINGER, Erhard: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht,* 1990.
DENNINGER, Erhard: «Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung», in: *HStR,* Bd. 5, § 113.
DERLIEN, Hans-Ulrich: «Staatliche Steuerung in Perspektive: Gesamtkommentar», in: KÖNIG/DOSE, *Instrumente und Formen,* S. 503 ff.
DI FABIO, Udo: «Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung», *NuR,* 1991, S. 353 ff.
DI FABIO, Udo: «System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre», in: BECKER-SCHWARZE/KÖCK/KUPKA/V. SCHWANENFLÜGEL, *Wandel der Handlungsformen,* S. 47 ff.
DI FABIO, Udo: *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat,* 1994.
DI FABIO, Udo: «Das Arzneimittelrecht als Repräsentant der Risikoverwaltung», *DV,* Bd. 27 (1994), S. 345 ff.
DI FABIO, Udo: «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», *VVDStRL,* Bd. 56 (1997), S. 160 ff.
DIETLEIN, Johannes: *Die Lehre von der grundrechtlichen Schutzpflichten,* 1992.
DOCKSEY, Christopher/WILLIAMS, Karen: «The European Commission and the execution of Community policy», in: EDWARDS/SPENCE, *European Commission,* S. 125 ff.
DOEHRING, Karl: «Demokratiedefizit in der Europäischen Union?», *DVBl,* 1997, S. 1133 ff.
DOLDE, Klaus-Peter: «Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?», *NVwZ,* 1982, S. 65 ff.
DOSE, Nicolai: *Die verhandelnde Verwaltung,* 1997.
DOSE, Nicolai/HOLZNAGEL, Bernd (Hrsg.): *Beschleunigung von Genehmigungsverfahren,* 1994.
DOSE, Nicolai/VOIGT, Rüdiger (Hrsg.): *Kooperatives Recht,* 1995.
DREHER, Meinrad: «Transparenz und Publizität bei Ratsentscheidungen», *EuZW,* 1996, S. 487 ff.
DREIER, Horst: «Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts», in: WALTER, *Adolf J. Merkl,* S. 55 ff.
DREIER, Horst: *Hierachische Verwaltung im demokratischen Staat,* 1991.
DREIER, Horst: «„Eigenständigkeit" der Verwaltung», *DV,* Bd. 25 (1992), S. 137 ff.
DREIER, Horst: «Informales Verwaltungshandeln», *StWuStPr,* 1993, S. 647 ff.
DREIER, Horst (Hrsg.): *Grundgesetz,* Bd. 1, 1996.
DRESSEL, Christian Oliver: *Die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung des Europäischen Datenschutzrechts,* 1995.

DRUEY, Jean Nicolas: «Privatrecht als Kontaktrecht», *JöR,* Bd. 40 (1991/92), S. 149 ff.
DRUEY, Jean Nicolas: *Information als Gegenstand des Rechts,* 1995.
EBERLE, Carl-Eugen: «Die Öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft», *DV,* Bd. 20 (1987), S. 459 ff.
EDWARDS, Geoffrey/SPENCE, David: *The European Commission,* 2. Aufl., London, 1997.
EFSTRATIOU, Pavlos-Michael: *Die Bestandskraft des öffentlichrechtlichen Vertrags,* 1988.
EHLERS, Dirk: *Verwaltung in Privatrechtsform,* 1984.
EHLERS, Dirk: «Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.- amerikanischem Recht», *VerwArch,* Bd. 84 (1993), S. 139 ff.
EHLERS, Dirk/PÜNDER, Hermann: «Vorläufiger Rechtsschutz im Geltungsbereich des Zollkodex», *EuR,* 1997, S. 74 ff.
EHMKE, Horst: «„Ermessen" und „unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht», *Recht und Staat,* Heft 230/231, 1960.
EICHENBERGER, Kurt: «Gesetzgebung im Rechtsstaat», *VVDStRL,* Bd. 40 (1982), S. 7 ff.
EICHHORN, Peter: *Verwaltungsökonomie I,* 1976.
EILMANSBERGER, Thomas: *Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht,* 1997.
EMDE, Ernst Thomas: *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung,* 1991.
ENDERS, Christoph: «Neubgründung des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes aus der grundrechtlichen Schutzpflich?», *AöR,* Bd. 115 (1990), S. 610 ff.
ENGEL, Christoph: «Das Recht der Gemeinschaftsgüter», *DV,* Bd. 30 (1997), S. 429 ff.
EPINEY, Astrid: «Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien», *DVBl,* 1996, S. 409 ff.
ERATH, Franz: *Förmliche Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle,* 1996.
ERBGUTH, Wilfried: *Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts,* 1987.
ERBGUTH, Wilfried: «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften», *DVBl,* 1989, S. 473 ff.
ERBGUTH, Wilfried: «Verstärkung der Elemente unmittelbarer Bürgerbeteiligung», *DÖV,* 1995, S. 793 ff.
ERICHSEN, Hans-Uwe: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsak und seiner Aufhebung im Prozeß,* 1971.
ERICHSEN, Hans-Uwe: «Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung», in: *Festschrift für Hans Julius Wolff,* 1973, S. 219 ff.
ERICHSEN, Hans-Uwe: «Allgemeine Handlungsfreiheit», in: *HStR,* Bd. 6, § 152.
ERICHSEN, Hans-Uwe (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 10. Aufl., 1995.
ERNST, Werner/ZINKAHN, Willy/BIELENBERG, Walter/KRAUTZBERGER, Michael (Hrsg.): *Bugesetzbuch* (Lsbl.), Stand, 1997.
EVERLING, Ulrich: «Zur Errichtung nachgeordneter Behörden der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», in: *Festschrift für Carl Friedrich Ophüls,* 1965, S. 33 ff.
EVERLING, Ulrich: «Auf dem Wege zu einem europäischen Verwaltungsrecht», *NNwZ,* 1987, S. 1 ff.

EVERLING, Ulrich: «Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft», in: STERN, Klaus (Hrsg.), *40 Jahre Grundgesetz,* 1990, S. 167 ff.
FABER, Heiko: «Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft», in: *Festschrift für Helmut Ridder,* 1989, S. 291 ff.
FABER, Heiko: *Verwaltungsrecht,* 4. Aufl., 1995.
FALKE, Josef/WINTER, Gerd: «Management and regulatory committees in executive rulemaking», in: WINTER, *Sources and Categories of European Union Law,* S. 541 ff.
FIEDLER, Herbert: «Verwaltungsinformatik und Informationsrecht», in: BONIN, Hinrich E. G., *Verwaltungsinformatik,* 1992, S. 59 ff.
FIETKAU, Hans-Joachim: «Kommunikationsmuster und Kommunikationserwartungen in Mediationsverfahren», in: VAN DEN DAELE/NEIDHARDT, *Kommunikation und Entscheidung,* S. 275 ff.
FLAUSS, Jean-François: «L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français», *LPA,* 1995, No. 4, S. 4 ff., No. 7, S. 4 ff.
FLEINER, Fritz: *Institutionen des Deutschen Versaltungsrechts,* 8. Aufl., 1928.
FORSTHOFF, Ernst: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,* 1959.
FORSTHOFF, Ernst: «Über Mittel und Methoden moderner Planung», in: KAISER, *Planung III,* S. 21 ff.
FORSTHOFF, Ernst: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts,* Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973.
FRANKENBERGER, Anke: *Umweltschutz durch Rechtsverordnung,* 1998 (im Erscheinen).
FRENZ, Walter: «Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts bei grundrechtssichernder Tätigkeit», *VerwArch,* Bd. 85 (1994), S. 22 ff.
FREZEL, Michael: «Herkunft und Entwicklung des rechtsstaatlichen Verfahrensgedankens am Beispiel des Enteignungsrechts», *Staat,* 18 (1979), S. 592 ff.
FROWEIN, Jochen Abr. (Hrsg.): *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung,* 1993.
FROWEIN, Jochen Abr.: «Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten», *EuR,* 1995, S. 315 ff.
FROWEIN, Jochen Abr./PEUKERT, Wolfgang: «Europäische MenschenRechts-Konvention», *EMRKKommentar,* 2. Aufl., 1996.
FRÜHWALD, Wolfgang u.a.: *Geisteswissenschaften heute,* 1991.
GAJA, Giorgio/HAY, Peter/ROTUNDA, Ronald D.: «Instruments for Legal Integration in the European Community – A Review», in: CAPPELLETTI, Mauro/SECCOMBE, Monica/WEILER, Joseph (Hrsg.), *Integration through Law,* Vol. 1, *Methods, Tools and Institutions,* Book 2, 1986, S. 113 ff.
GALLWAS, Hans-Ullrich: *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte,* 1970.
GRAWEL, Erik: «Staatliche Steuerung durch Umweltverwaltungsrecht», *DV,* Bd. 28 (1995), S. 201 ff.
GEIGER, Rudolf: *EG-Vertrag,* 2. Aufl., 1995.
GERBER, Carl Friedrich: *Über öffentliche Rechte, Nachdruck der Ausgabe von 1913,* 1968.

GERHARDT, Michael/JACOB, Peter: «Die ungeliebte Öffentlichkeit – Drittbeteiligung im Atomrecht zwischen Verfassungsgebot und Farce», *DÖV,* 1986, S. 258 ff.
GERHARDT, Michael: «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften», *NJW,* 1989, S. 2233 ff.
GERSTNER, Stephan: *Die Drittschutzproblematik im Spiegel des französischen und britischen Verwaltungsgerichtsverfahrens,* 1995.
GOERLICH, Helmut: *Grundrechte als Verfahrensgarantien,* 1981.
GOERLICH, Helmut: «Anmerkung zu BVerfGE 88, 40», *DVBl,* 1993, S. 490 ff.
GRABENWARTER, Christoph: *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit,* Wien, 1997.
GRABITZ, Eberhard: *Freiheit und Verfassungsrecht,* 1976.
GRABITZ, Eberhard/HILF, Meinhard (Hrsg.): *Kommentar zur Europäischen Union* (Lsbl.), Stand, 1997.
GRAWERT, Rolf: «Gesetzgebung im Wirkungszusammenhang konstitutioneller Regierung», *Staat,* 1984, Beih. 7, S. 113 ff.
GREWLICH, Klaus W.: «Umweltschutz durch „Umweltvereinbarungen" nach nationalem Recht und Europarecht», *DÖV,* 1998, S. 54 ff.
GRIMM, Dieter: «Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße», *NVwZ,* 1985, S. 865 ff.
GRIMM, Dieter: *Die Zukunft der Verfassung,* 2. Aufl., 1994.
GRIMM, Dieter (Hrsg.): *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts,* 1990.
GROEBEN, Hans von der/THIESING Jochen/EHLERMANN, Claus-Dieter (Hrsg.): *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag,* 5. Aufl., 1997.
GRÖSCHNER, Rolf: *Das Überwachungsrechtsverhältnis,* 1992.
GRÖSCHNER, Rolf: «Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses», *DV,* Bd. 30 (1997), S. 301 ff.
GROß, Thomas: «Die administrative Föderalisierung der EG», *JZ,* 1994, S. 596 ff.
GROß, Thomas: «Grundzüge der organisationswissenschaftlichen Diskussion», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht,* S. 139 ff.
GROß, Thomas: «Die Zulässigkeit von Bedarfsprüfungen bei Entscheidungen über umweltrelevante Vorhaben», *VerwArch,* Bd. 88 (1997), S. 89 ff.
GRUNWALD Jürgen: «Die nicht-völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Gemeinschaften», *EuR,* 1984, S. 227 ff.
GRUNWALD Jürgen: «Die EG als Rechtsgemeinschaft», in: RÖTTINGER/WEYRINGER, *Handbuch der europäischen Integration,* S. 43 ff.
GRZESZICK, Bernd: «Öffnungsklauseln für die Kommunalverwaltung», *DV,* Bd. 30 (1997), S. 545 ff.
GÜNDISCH, Jürgen: «Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen», *EuR,* 1996, Beih. 1, S. 59 ff.
GURLIT, Elke: *Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht,* 1989.
GUSY, Christoph: «Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit"-», *DÖV,* 1996, S. 573 ff.
HABERMAS, Jürgen: *Faktizität und Geltung,* 1992.
HABERSACK, Mathias: «Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand», *ZGR,* 1996, S. 544 ff.
HÄBERLE, Peter: *Öffentliches Interesse als juristisches Problem,* 1970.

HÄBERLE, Peter: «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL*, Bd. 30 (1972), S. 43 ff.

HÄBERLE, Peter: «Effizienz und Verfassung», *AöR*, Bd. 98 (1973).

HÄBERLE, Peter: «Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht», *Rechtstheorie*, 1983, S. 257 ff.

HÄBERLE, Peter: «Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre», *AöR*, Bd. 111 (1986), S. 595 ff.

HÄBERLE, Peter: «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat», *JZ*, 1989, S. 913 ff.

HÄBERLE, Peter: «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», in: *HStR*, Bd. 1, § 20.

HÄBERLE, Peter: *Europäische Rechtskultur*, 1994.

HÄBERLE, Peter: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl., 1996.

HÄDE, Ulrich/PUTTLER, Adelheid: «Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung», *EuZW*, 1997, S. 13 ff.

HAGENAH, Evelyn: *Prozeduraler Umweltschutz*, 1996.

HAHN, Carsten: «Transparenz und Zugang zu Dokumenten in der EU», *NJ*, 1996, S. 638 ff.

HAIN, Karl-Eberhard/SCHLETTE, Volker/SCHMITZ, Thomas: «Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungsund Verwaltungsrecht», *AöR*, Bd. 122 (1997), S. 32 ff.

HALLSTEIN, Walter: *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Aufl., 1979.

HALLSTEIN, Walter: *Europäische Reden*, 1979.

HAPPE, Claus-Michael: *Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten*, 1987.

HARATSCH, Andreas/KUGELMANN, Dieter/REPKEWITZ, Ulrich (Hrsg.): *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 1996.

HARINGS, Lothar: *Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland*, 1998 (im Erscheinen).

HARLOW, Carol: «Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot», *ELJ*, 1996, S. 3 ff.

HAVERKATE, Görg: *Rechtsfragen des Leistungsstaates*, 1983.

HAVERKATE, Görg: «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», *VVDStRL*, Bd. 46 (1988), S. 217 ff.

HAVERKATE, Görg: *Verfassungslehre*, 1992.

HAVERKATE, Görg: «Subventionsrecht», in: R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bes. Teil Bd. 1, § 4.

HAVERKATE, Görg: *Normtext – Begriff – Telos*, 1996.

HECK, Philipp: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

HEINTZEN, Markus: «Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem», *VerwArch*, Bd. 81 (1990), S. 532 ff.

HEINTZEN, Markus: «Das Rangverhältnis von Rechtsverordnung und Satzung», *DV*, Bd. 29 (1996), S. 17 ff.

HELD, Jürgen: *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, 1984.

HELLERMANN, Johannes: «Der Staat als Akteur auf ausländischen Märkten», in: *Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde*, 1995, S. 277 ff.

HENDLER, Reinhard: *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, 1984.

HENKE, Wilhelm: *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, 1979.

HENKE, Wilhelm: «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», *JZ*, 1984, S. 441 ff.

HENKE, Wilhelm: «Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts – Kooperationsverträge –», *DÖV*, 1985, S. 41 ff.

HENKE, Wilhelm: «Demokratie als Rechtsbegriff», *Staat*, Bd. 25 (1986), S. 157 ff.

HENKE, Wilhelm: «Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts», *JZ*, 1992, S. 541 ff.

HENNEKE, Hans-Günter: «Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht», *NuR*, 1991, S. 267 ff.

HENNEKE, Hans-Günter: «Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG», *NuR*, 1995, S. 325 ff.

HENNEKE, Hans-Günter: «Das richtige Maß von Unmittelbarkeit und Distanz bei kommunalen Bürgerbegehren und -entscheiden», *ZG*, 1996, S. 1 ff.

HENNEKE: «30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns», *DÖV*, 1997, S. 768 ff.

HENNEKE, Hans-Günter (Hrsg.): *Steuerung der kommunalen Aufgabenerfüllung durch Finanz- und Haushaltsrecht*, 1996.

HERBERT, Alexander: «Die Klagebefugnis von Gremien», *DÖV*, 1994, S. 108 ff.

HERDEGEN, Matthias: «Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung», *AöR*, Bd. 114 (1989), S. 607 ff.

HERDEGEN, Matthias: «Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich», *JZ*, 1991, S. 747 ff.

HERMES, Georg: *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987.

HERZOG, Roman: «Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit», in: *HStR*, Bd. 3, § 58.

HERZOG, Roman: «Verfassung und Verwaltungsgerichte – zurück zu mehr Kontrolldichte?», *NJW*, 1992, S. 2601 ff.

HESSE, Joachim Jens: «Aufgaben einer Staatslehre heute», *JbStVwW*, Bd. 1 (1987), S. 55 ff.

HESSE, Konrad: «Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes», in: *Festgabe für Rudolf Smend*, 1962, S. 71 ff.

HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassunsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995.

HEUN, Werner: *Staatshaushalt und Staatsleitung*, 1989.

HEYEN, Erk Volkmar: *Otto Mayer*, 1981.

HIEN, Eckart: «Bemerkungen zum städtebaulichen Vertrag», in: *Festschrift für Otto Schlichter*, 1995, S. 129 ff.

HIEN, Eckart: «Die Umweltverträglichkeitsprüfung in der gerichtlichen Praxis», *NVwZ*, 1997, S. 422 ff.

HILF, Meinhard: *Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften*, 1982.

HILL, Hermann: «Verfahrensermessen der Verwaltung», *NVwZ*, 1985, S. 449 ff.

HILL, Hermann: *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986.

HILL, Hermann: *Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform*, 1987.

HILL, Hermann: «Akzeptanz des Rechts – Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements», *JZ*, 1988, S. 377 ff.

HILL, Hermann: «Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften», *NVwZ*, 1989, S. 401 ff.

HILL, Hermann: «Integratives Verwaltungshandeln», *DVBl*, 1993, S. 973 ff.

HILL, Hermann: «Leitbild der Ökilogisierung des Rechts- und Verwaltungssystems», in: BÖHRET/HILL, *Ökologisierung des Rechts- und Verwaltungssystems,* S. 208 ff.

HILL, Hermann: «Kommunikative Problembewältigung bei umweltrelevanten Großvorhaben», *DÖV,* 1994, S. 279 ff.

HILL, Hermann: «Kommunikation als Herausforderung für Staat und Verwaltung», in: STEGER, Ulrich (Hrsg.), *Lean Administration, 1994,* S. 49 ff.

HILL, Hermann: «Umweltrecht als Motor und Modell einer Weiterentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts», *UTR,* Bd. 27, Jahrbuch des Umweltund Technikrechts, 1994, S. 91 ff.

HILL, Hermann: «Gesetzgebung in der postindustriellen Gesellschaft», *ZG,* 1995, S. 82 ff.

HILL, Hermann: «Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht,* S. 65 ff.

HILL, Hermann (Hrsg.): *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung,* 1989.

HILL, Hermann/KLAGES, Helmut (Hrsg.): *Reform der Landesverwaltung,* 1995.

HIRSCH, Günter: «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?», *NJW,* 1996, S. 2457 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Selbstbindungen der Verwaltung», *VVDStRL,* Bd. 40 (1982), S. 187 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: *Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen,* 1989.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe», *AöR,* Bd. 115 (1990), S. 400 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN/SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts,* S. 115 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität,* S. 9 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht», *AöR,* Bd. 119 (1994), S. 590 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Von der Antragsbindung zum konsentierten Optionsermessen», *DVBl,* 1994, S. 605 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen», *DVBl,* 1994, S. 1381 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht,* S. 261 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Verfahrensprivatisierung als Modernisierung», *DVBl,* 1996, S. 225 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: «Organisationsrecht als Steuerungsressource», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht,* S. 355 ff.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard (Hrsg.): *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen,* 2 Bde., 1990.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard/SCHUPPERT, Gunnar Folke (Hrsg.): *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts,* 1993.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard (Hrsg.): *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns,* 1994.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard (Hrsg.): *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen,* 1996.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang/SCHNEIDER, Jens-Peter (Hrsg.): *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht,* 1996.

HOFMANN, Hasso: «Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension», *VVDStRL,* Bd. 41 (1983), S. 42 ff.

HOFMANN, Hasso: «Menschenrechtliche Autonomieansprüche», *JZ,* 1992, S. 165 ff.

HOFMANN, Rainer: «Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht», in: ders./MARKO/MERLI/WIEDERIN, *Rechtsstaatlichkeit,* S. 321 ff.

HOFMANN, Rainer/MARKO, Joseph/MERLI, Franz/WIEDERIN, Ewald: *Rechtsstaatlichkeit in Europa,* 1996.

HOLZINGER, Katharina: «Grenzen der Kooperation in alternativen Konfliktlösungsverfahren», in: VAN DEN DAELE/NEIDHARDT, *Kommunikation und Entscheidung,* S. 232 ff.

HOLZNAGEL, Bernd: *Konfliktlösung durch Verhadlungen,* 1990.

HOMMELHOFF, Peter/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard: «Die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen», *ZHR,* 1996, S. 521 ff.

HOPPE, Werner: «Gerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen», in: *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts,* 1978, S. 295 ff.

HOPPE, Werner: «Planung», in: *HStR,* Bd. 3, § 71.

HOPPE, Werner: «Rechtsprobleme bei Standortauswahlverfahren für Abfallentsorgungsanlagen durch private Auftragnehmer», *DVBl,* 1994, S. 255 ff.

HOPPE, Werner/BECKMANN, Martin: *Umweltrecht,* 1989.

HOPPE, Werner/GROTEFELS, Susan: *Öffentliches Baurecht,* 1995.

HORN, Hans-Detlef: «Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus», *DV,* Bd. 25 (1993), S. 545 ff.

HUBER, Ernst Rudolf: *Wirtschaftsverwaltungsrecht,* 2 Bde., 2. Aufl., 1953.

HUBER, Ernst Rudolf: «Vorsorge für das Dasein», in: *Festschrift für Ernst Forsthoff,* 1972, S. 139 ff.

HUBER, Peter-Michael: «Der Immissionsschutz im Brennpunkt modernen Verwaltungsrechts», *AöR,* Bd. 114 (1989), S. 252 ff.

HUBER, Peter-Michael: *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht,* 1991.

HUBER, Ulrich: *Das Öffentliche und das Private in der neueren Entwicklung des Privatrechts, Studium Generale,* 1970, S. 769 ff.

HUBER, Wolfgang: *Gerechtigkeit und Recht,* 1996.

HUEBER, Alfons: *Otto Mayer,* 1982.

HUFEN, Friedhelm: «Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht», *VVDStRL,* Bd. 47 (1989), S. 142 ff.

HUFEN, Friedhelm: *Fehler im Verwaltungsverfahren,* 2. Aufl., 1991.

IPSEN, Hans Peter: «Frangestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung», in: KAISER, *Planung I,* S. 35 ff.

IPSEN, Hans Peter: «Rechtsfragen der Wirtschftsplanung», in: KAISER, *Planung II,* S. 63 ff.

IPSEN, Hans Peter: *Europäisches Gemeinschaftsrecht,* 1972.

IPSEN, Hans Peter: «Subventionen», in: *HStR,* Bd. 4, § 92.

IPSEN, Jörn: «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwecklungen durch das Verwaltungsrecht», *VVDStRL,* Bd. 48 (1990), S. 177 ff.

ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Bd. 1, *Grundlagen von Staat und Verfassung,* 1987; Bd. 2, *Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes,* 1987;

Bd. 3, *Das Handeln des Staates,* 1988; Bd. 4, *Finanzverfassung - Bundesstaatliche Ordnung,* 1990; Bd. 5, *Allgemeine Grundrechtslehren,* 1992; Bd. 6, *Freiheitsrechte,* 1989; Bd. 7, *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen,* 1992; Bd. 8, *Die Einheit Deutschlands - Entwicklung und Grundlagen,* 1995.

ISENSEE, Josef: «Staat und Verfassung», in: *HStR,* Bd. 1, § 13.

ISENSEE, Josef: «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat», in: *HStR,* Bd. 3, § 57.

ISENSEE, Josef: «Das Grundrecht als Abwehreecht und als staatliche Schutzpflicht», in: *HStR,* Bd. 5, § 111.

ISENSEE, Josef: «Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung», in: *HStR,* Bd. 5, § 115.

ISENSEE, Josef: «Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen», in: *HStR,* Bd. 5, § 118.

ISENSEE, Josef: «Vom Beruf unserer Zeit für Steuervereinfachung», *StuW,* 1994, S. 3 ff.

ISHIKAWA, Toshiyuki: *Friedrich Franz von Mayer,* 1992.

JACHMANN, Monika: «Die Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften», *DV,* Bd. 28 (1995), S. 17 ff.

JACHTENFUCHS, Markus/KOHLER-KOCH, Beate: «Regieren im dynamischen Mehrebenensystem», in: dies (Hrsg.), *Europäische Integration,* 1996, S. 15 ff.

JANSSEN, Albert: *Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts,* 1990.

JARASS, Hans D.: «Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen», *NVwZ,* 1984, S. 473 ff.

JARASS, Hans D.: «Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards», *NJW,* 1987, S. 1225 ff.

JARASS, Hans D.: *Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts,* 1994.

JARASS, Hans D.: «Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten», *AöR,* Bd. 121 (1996), S. 173 ff.

JARASS, Hans D./KLOEPFER, Michael/KUNIG, Philip/PAPIER, Hans-Jürgen/PEINE, Franz-Joseph/REHBINDER, Eckard/SALZWEDEL, Jürgen/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard: *Umweltgesetzbuch,* Besonderer Teil (Entwurf), 1994.

JARASS, Hans D./PIEROTH, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Komentar,* 4. Aufl., 1997.

JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2. Nachdruck der 2. Aufl. von 1905, 1963.

JELLINEK, Walter: *Verwaltungsrecht,* 1931.

JESCH, Dietrich: *Gesetz und Verwaltung,* 1968.

JESTAEDT, Matthias: *Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung,* 1993.

JUTZI, Siegfried: «Zur Zulässigkeit genereller Öffnungsoder Nichtanwendungsklauseln in Rechts- und Verwaltungsvorschriften in bezug auf normative Standards», *DÖV,* 1996, S. 25 ff.

KAISER, Joseph H. (Hrsg.): *Planung I-VI,* 1965 ff.

KAISER, Joseph H.: «Der Plan als ein Institut des Rechtsstaats und der Marktwirtschaft», in: ders., *Planung II,* S. 11 ff.

KAISER, Joseph H.: «Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung», in: ders., *Planung I,* S. 11 ff.

KEMPEN, Bernhard: *Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung,* 1989.

KEMPER, Klaus: *Der vorläufige Verwaltungsakt,* 1990.

KEPPELER, Jürgen: *Die Grenzen des behördlichen Versagungsermessens,* 1989.

KERBER, Harald/SCHMIEDER, Arnold (Hrsg.): *Spezielle Soziologien,* 1994.

KIESER, Alfred (Hrsg.): *Organisationstheorien,* 2. Aufl., 1995.

KIMMINICH, Otto/v. LERSNER, Heinrich/STORM, Peter-Christoph (Hrsg.): *Handwörterbuch des Umweltrechts,* 2 Bde., 2. Aufl., 1994.

KIPPES, Stephan: *Bargaining,* 1995.

KIRCHHOF, Ferdinand: «Der Verwaltungsakt auf Zustimmung», *DVBl,* 1985, S. 651 ff.

KIRCHHOF, Paul: *Verwalten durch „mittelbares" Einwirken,* 1977.

KIRCHHOF, Paul: «Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle», *NVwZ,* 1983, S. 505 ff.

KIRCHHOF, Paul: «Mittel staatlichen Handelns», in: *HStR,* Bd. 3, § 59.

KIRCHHOF, Paul: «Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Verfahrensdauer und für die Rechtsmittel», in: *Festschrift für Karl Doehring,* 1989, S. 438 ff.

KIRCHHOF, Paul: «Staatliche Einnahmen», in: *HStR,* Bd. 4, § 88.

KIRCHHOF, Paul: «Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht», *EuR,* 1991, Beih. 1, S. 11 ff.

KIRCHHOF, Paul: «Der allgemeine Gleichheitssatz», in: *HStR,* Bd. 5, § 124.

KIRCHHOF, Paul: «Gleichheit in der Funktionenordnung», in: *HStR,* Bd. 5, § 125.

KIRCHHOF, Paul: «Gleichmaß und Übermaß», in: *Festschrift für Peter Lerche,* 1993, S. 133 ff.

KIRSCHNER, Heinrich: *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften,* 1995.

KISKER, Gunter: «Staatshaushalt», in: *HStR,* Bd. 4, § 89.

KLAGES, Helmut: «Modernisierung als Prozeß», in: HILL/KLAGES, *Reform der Landesverwaltung,* S. 7 ff.

KLAGES, Helmut: «Verwaltungsmodernisierung durch „neue Steuerung"?», *AfK,* 1995, S. 203 ff.

KLAUSER, Werner: «Funktionelle Rechtstheorie - eine Gefahr für unsere Rechtsordnung?», *NJW,* 1980, S. 753 ff.

KLEIN, Eckart: *Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes,* 1974.

KLEIN, Eckart: «Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im europäischen Integrationsprozeß», in: STARCK, Christian (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze,* 1992, S. 117 ff.

KLEIN, Hans Hugo: «Aufgaben des Bundestages», in: *HStR,* Bd. 2, § 40.

KLEIN, Hans Hugo: «Die grundrechtliche Schutzpflicht», *DVBl,* 1994, S. 489 ff.

KLEIN, Hans Hugo: «Die mehrspurige Demokratie», in: *Festschrift für Herbert Helmrich,* 1994, S. 255 ff.

KLOEPFER, Michael: «Öffentliche Meinung, Massenmedien», in: *HStR,* Bd. 2, § 35.

KLOEPFER, Michael: *Umweltrecht,* 1989.

KLOEPFER, Michael: *Zur Rechtsumbildung durch Umweltschutz,* 1990.

KLOEPFER, Michael: *Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts,* 1994.

KLOEPFER, Michael: «Umweltschutz als Verfassungsrecht», *DVBl,* 1996, S. 73 ff.

KLOEPFER, Michael/MEßERSCHMIDT, Klaus: *Innere Harmonisierung des Umweltrechts,* Bericht 6/86, *Umweltforschungsplan des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit,* 1986.

KLOEPFER, Michael/REHBINDER, Eckard/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard/KUNIG, Philip: *Umweltgesetzbuch*, Allgemeiner Teil (Entwurf), 1991.

KLOEPFER, Michael/ELSNER, Thomas: «Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht», *DVBl*, 1996, S. 964 ff.

KLUTH, Winfried: *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*, 1995.

KLUTH, Winfried: *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997.

KNEMEYER, Franz-Ludwig: *Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik*, 2. Aufl., 1997.

KOCH, Hans-Joachim: *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979.

KOCH, Hans-Joachim/RUBEL, Rüdiger: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1992.

KÖCK, Wolfgang: «Das Pflichten- und Kontrollsystem des Öko-Audit-Konzepts nach der Öko-Audit-Verordnung und dem Umweltauditgesetz», *VerwArch*, Bd. 87 (1996), S. 644 ff.

KÖCK, Wolfgang: «Risikovorsorge als Staatsaufgabe», *AöR*, Bd. 121 (1996), S. 1 ff.

KOENIG, Christian: *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994.

KOENIG, Christian: «Bedürfen die Bundesländer einer institutionalisierten Hilfestellung beim Verwaltungsvollzug von Europäischem Gemeinschaftsrecht?», *DVBl*, 1997, S. 581 ff.

KÖNIG, Klaus: *Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft*, 1970.

KÖNIG, Klaus: «„Neue" Verwaltung oder Verwaltungsmodernisierung: Verwaltungspolitik in den 90er Jahren», *DÖV*, 1995, S. 349 ff.

KÖNIG, Klaus: «Verwaltungsmodernisierung im internationalen Vergleich», *DÖV*, 1997, S. 265 ff.

KÖNIG, Klaus: «Markt und Wettbewerb als Staatsund Verwaltungsprinzipien», *DVBl*, 1997, S. 239 ff.

KÖNIG, Klaus/BECK, Joachim: *Modernisierung von Staat und Verwaltung*, 1997.

KÖNIG, Klaus/DOSE, Nicolai: «Klassifikationsansätze zum staatlichen Handeln», in: dies., *Instrumente und Formen*, S. 3 ff.

KÖNIG, Klaus/DOSE, Nicolai: «Handlungsleitende Formen staatlicher Steuerung», in: dies., *Instrumente und Formen*, S. 153 ff.

KÖNIG, Klaus/DOSE, Nicolai: «Referenzen staatlicher Steuerung», in: dies., *Instrumente und Formen*, S. 519 ff.

KÖNIG, Klaus/DOSE, Nicolai (Hrsg.): *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, 1993.

KÖTTGEN, Arnold: «Die Organisationsgewalt», *VVDStRL*, Bd. 16 (1958), S. 154 ff.

KOHLER-KOCH, Beate/JACHTENFUCHS, Markus: «Regieren in der Europäischen Union», *PVS*, 1996, S. 537 ff.

KOKOTT, Juliane: «Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht», *AöR*, Bd. 121 (1996), S. 599 ff.

KRÄMER, Ludwig: «Defizite im Vollzug des EG-Umweltrechts und ihre Ursachen», in: LÜBBE-WOLFF, *Der Vollzug des Europäischen Umweltrechts*, S. 7 ff.

KRAUSE, Peter: *Rechtsformen der Verwaltungshandelns*, 1974.

KRAUSE, Peter: «Empfiehlt es sich, soziale Pflege und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?, Verhandlungen des 52», *DJT*, Bd. 1, E, 1978.

KREBS, Walter: «Zur Rechtsetzung der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften», *VerwArch*, Bd. 70 (1979), S. 259 ff.

KREBS, Walter: *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984.

KREBS, Walter: «Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle», in: *Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, 1985, S. 191 ff.

KREBS, Walter: «Verwaltungsorganisation», in: *HStR*, Bd. 3, § 69.

KREBS, Walter: «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten», *VVDStRL*, Bd. 52 (1993), S. 248 ff.

KREBS, Walter: «Neue Bauformen des Organisationsrechts und ihre Einbeziehung in das Allgemeine Verwaltungsrecht», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, S. 339 ff.

KREUZER, Karl F./SCHEUING, Dieter H./SIEBER, Ulrich (Hrsg.): *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997.

KRÜGER, Herbert: *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., 1966.

KÜBLER, Friedrich (Hrsg.): *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1984.

KÜHLING, Jürgen: *Fachplanungsrecht*, 1988.

KUNIG, Philip: *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986.

KUNIG, Philip/RUBLACK, Susanne: «Aushandeln statt Entscheiden?», *Jura*, 1990, S. 1.

LADEUR, Karl-Heinz: «Risikooffenheit und Zurechnung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität*, S. 111 ff.

LADEUR, Karl-Heinz: «Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?», *DV*, Bd. 26 (1993), S. 137 ff.

LADEUR, Karl-Heinz: «Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts», *EuR*, 1995, S. 227 ff.

LADEUR, Karl-Heinz: «Die Zukunft des Verwaltungsakts», *VerwArch*, Bd. 86 (1995), S. 511 ff.

LADEUR, Karl-Heinz: «Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und die prozedurale Rationalität des Umweltrechts», in: ROßNAGEL/NEUSER, *Reformperspektiven*, S. 171 ff.

LAMB, Irene: *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, 1995.

LANGE, Klaus: «Die kommunalrechtliche Experimentierklausel», *DÖV*, 1995, S. 770 ff.

LANGE, Klaus: «Staatliche Steuerung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive», in: KÖNIG/DOSE, *Instrumente und Formen*, S. 173 ff.

LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991.

LAUBINGER, Hans-Werner: *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, 1967.

LAUBINGER, Hans-Werner: «Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens», *VerwArch*, Bd. 73 (1982), S. 60 ff.

LAUX, Eberhard: «Über kommunale Organisationspolitik», *AfK*, 1995, S. 229 ff.

LAZARATOS, Panagiotis: *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, 1990.

LECHELER, Helmut: «„Funktion" als Rechtsbegriff?», *NJW*, 1979, S. 2273 ff.

LECHELER, Helmut: *Verwaltungslehre*, 1988.

LEIBFRIED, Stephan/PIERSON, Paul: «Mehrebenen-Politik und die Entwicklung des „Sozialen Europa"», in: dies. (Hrsg.), *Standort Europa*, 1998.

LEISNER, Walter: «Effizienz als Rechtsprinzip», *Recht und Staat*, Heft 402/403, 1971.

LENAERTS, Koen: «L'égalité de traitement en droit communautaire», *CDE*, 1991, S. 3 ff.

LENAERTS, Koen: «Regulating the regulatory process: „delegation of powers" in the European Community», *ELR*, 1993, S. 23 ff.

LENAERTS, Koen: «General Report: Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law», in: *Berichte für den 17. F.I.D.E. Kongreß*, 1996, Bd. III, S. 506 ff.

LEPSIUS, Oliver: *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997.

LERCHE, Clemens: «Die Kontrolle hinsichtlich der Tatsachenfeststellung», in: FROWEIN, *Kontrolldichte*, S. 249 ff.

LERCHE, Peter: «Stil, Methode, Ansicht», *DVBl*, 1961, S. 690 ff.

LERCHE, Peter: «Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren», in: LERCHE/SCHMITT GLAESER/SCHMIDT-AßMANN, *Verfahren als Kategorie*, S. 97 ff.

LERCHE, Peter: «Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff», in: *HStR*, Bd. 5, § 121.

LERCHE, Peter: «„Verwaltungsprivatrecht" und „Privatwirtschaftsverwaltung"», in: *Festschrift für Günther Winkler*, 1997, S. 581 ff.

LERCHE, Peter: «Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?», in: *Festschrift für Klaus Stern*, 1997, S. 197 ff.

LERCHE, Peter/SCHMITT GLAESER, Walter/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard: *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984.

LETEMENDIA, Miren A.: *Retrait et abrogation des actes administratifs individuels en droit communautaire et en droit anglais*, Brüssel, 1987.

LOESER, Roman: *Das Bundes-Organisationsgesetz*, 1988.

LOESER, Roman: *Das Berichtswesen der öffentlichen Verwaltung*, 1991.

LOESER, Roman: *System des Verwaltungsrechts*, 2 Bde., 1994.

LORENZ, Dieter: «Der Wegfall des Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag», *DVBl*, 1997, S. 865 ff.

LORZ, Ralph Alexander: «Diskussionsbericht», in: RIEDEL, *Risikomanagement*, S. 221 ff.

LOSCHELDER, Wolfgang: «Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive», in: *HStR*, Bd. 3, § 68.

LOSCHELDER, Wolfgang: «Grundrechte im Sonderstatus», in: *HStR*, Bd. 5, § 123.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude: «Konfliktmittlung beim Erlaß technischer Regeln», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 2, S. 87 ff.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude: «Vollzugsprobleme der Umweltverwaltung», *NuR*, 1993, S. 217 ff.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude: «Das Umweltauditgesetz», *NuR*, 1996, S. 217 ff.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude (Hrsg.): *Der Vollzug des europäischen Umweltrechts*, 1996.

LÜCKE, Jörg: *Begründungszwang und Verfassung*, 1987.

LÜCKE, Jörg: *Vorläufige Staatsakte*, 1991.

LÜDER, Klaus: «„Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor?"», *DÖV*, 1996, S. 93 ff.

LÜDER, Klaus (Hrsg.): *Staat und Verwaltung: 50 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, 1997.

LUHMANN, Niklas: *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, 1966.

LUHMANN, Niklas: «Politische Steuerung», *PVS*, 1989, S. 4 ff.

v. MANGOLDT, Hermann/KLEIN, Friedrich/STARCK, Christian: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, 3. Aufl., Bd. 1: *Präambel, Artikel 1 bis 5*, 1985.

MANSSEN, Gerrit: *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994.

MARTENS, Joachim: «Der Bürger als Verwaltungsuntertan?», *KritV*, 1986, S. 104 ff.

MARTENS, Wolfgang: *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969.

MASING, Johannes: *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997.

MASTRONARDI, Philippe: *Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle*, Basel u.a., 1991.

MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter: *Grundgesetz, Kommentar* (Lsbl.), Stand, 1997.

MAURER, Hartmut: «Der Verwaltungsvorbehalt», *VVDStRL*, Bd. 43 (1985), S. 135 ff.

MAURER, Hartmut: «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz», in: *HStR*, Bd. 3, § 60.

MAURER, Hartmut: «Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten», *DVBl*, 1989, S. 798 ff.

MAURER, Hartmut: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 1997.

MAURER, Hartmut/BARTSCHER, Bruno: *Der Verwaltungsvertrag im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., 1997.

v. MAYDELL, Bernd/KANNENGIEßER, Walter (Hrsg.): *Handbuch Sozialpolitik*, 1988.

v. MAYDELL, Bernd/RULAND, Franz (Hrsg.): *Sozialrechtshandbuch*, 2. Aufl., 1996.

MAYER, Franz/KOPP, Ferdinand: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1985.

MAYER, Friedrich F.: *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, 1862.

MAYER, Otto: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 Bde., 3. Aufl., 1924.

MAYNTZ, Renate: *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 3. Aufl., 1985.

MAYNTZ, Renate: «Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme», *JbStVwW*, Bd. 1 (1987), S. 89 ff.

MAYNTZ, Renate/SCHARPF, Fritz W.: «Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren», in: dies., *Gesellschaftliche Selbstregelung*, S. 9 ff.

MAYNTZ, Renate/SCHARPF, Fritz W. (Hrsg.): *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, 1995.

MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 7. Aufl., 1997.

MEISSNER, Claus: «Die Novellierung des Verwaltungsprozeßrechts durch das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung», *VBlBW*, 1997, S. 81 ff.

MENG, Werner: «Die Neuregelung der EG-Verwaltungsausschüsse – Streit um die „Comitologie" –», *ZaöRV*, 1988, S. 208 ff.

MENGER, Christian-Friedrich: «Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns», *DVBl*, 1960, S. 297 ff.

MEUSEL, Ernst-Joachim: *Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht*, 1992.

MEYER, Hans: «Demokratische Wahl und Wahlsystem», in: *HStR*, Bd. 2, § 37.

MEYER, Hans/BORGS-MACIEJEWSKI, Hermann: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., 1982.

MEYER-HESEMANN, Wolfgang: *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981.

LE MIRE, Pierre (Hrsg.): *Droit Administratif et Droit Communautaire, Sonderheft der L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 1996.

MITTELSTRAß, Jürgen: «Die Geisteswissenschaften im System der Wissenschaft», in: FRÜHWALD u.a., *Geisteswissenschaften heute,* S. 15. ff.

MITTELSTRAß, Jürgen: *Leonardo-Welt: über Wissenschaft, Forschung und Verantwortung,* 1992.

MÖGELE, Rudolf: «Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen», *BayVBl,* 1993, S. 552 ff.

MORLOK, Martin: *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen,* 1988.

MÜLLER, Andreas: *Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln,* 1992.

MÜLLER, Jörg Paul: *Demokratische Gerechtigkeit,* 1993.

MÜLLER-TERPITZ, Ralf: «Die Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsmarkt», *ZG,* 1997, S. 257 ff.

v. MÜNCH, Ingo/KUNIG, Philip (Begr. bzw. Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar,* Bd. 1, 4. Aufl., 1992; Bd. 2, 3. Aufl., 1995; Bd. 3, 3. Aufl., 1996.

MURSWIEK, Dietrich: *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik,* 1985.

MURSWIEK, Dietrich: «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht», *VVDStRL,* Bd. 48 (1990), S. 207 ff.

MURSWIEK, Dietrich: «Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte», in: *HStR,* Bd. 5, § 112.

v. MUTIUS, Albert: «Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle», *VVDStRL,* Bd. 42 (1984), S. 147 ff.

v. MUTIUS, Albert: «Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren», in: *Festschrift für Christian-Friedrich Menger,* 1985, S. 575 ff.

v. MUTIUS, Albert: «Neues Steuerungsmodell in der Kommunalverwaltung», in: *Festschrift für Klaus Stern,* 1997, S. 685 ff.

NEIDHARDT, Friedhelm (Hrsg.): *Öffentlichkeit, öffentliche Meinung, soziale Bewegungen,* 1994.

NEßLER, Volker: *Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht,* 1994.

NETTESHEIM, Martin: «Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts», in: *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz,* 1995, S. 447 ff.

NEUMEYER, Karl: *Internationales Verwaltungsrecht,* Bd. 4: *Allgemeiner Teil,* Zürich u.a. 1936.

NIERHAUS, Michael: *Beweismaß und Beweislast,* 1989.

NOCKE, Joachim: «Rechtsproduktion der Juristen im Umweltrecht», in: BRYDE/HOFFMANN-RIEM, *Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein,* S. 81 ff.

OEBBECKE, Janbernd: *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung,* 1986.

OEBBECKE, Janbernd: «Dezentraler Vollzug und europäische Integration», in: LHOTTA, Roland/OEBBECKE, Janbernd/REH, Werner (Hrsg.), *Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte: Sozial- und rechtswissenschaftliche Zugänge,* 1997, S. 35 ff.

OETER, Stefan: «Die Kontrolldichte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessens», in: FROWEIN, *Kontrolldichte,* S. 266 ff.

OETER, Stefan: «Souveränität und Demokratie als Problem in der „Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union», *ZaöRV,* 1995, S. 659 ff.

OPPERMANN, Dagmar: *Die Funktionen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens (Widerspruchsverfahrens) in Baurechtssachen aus rechtlicher und rechtstatsächlicher Sicht,* 1997.

OPPERMANN, Thomas: *Europarecht,* 1991.

OPPERMANN, Thomas: «Freiheit von Forschung und Lehre», in: *HStR,* Bd. 6, § 145.

ORTLOFF, Karsten-Michael: «Abschied von der Baugenehmigung – Beginn beschleunigten Bauens?», *NVwZ,* 1995, S. 112 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz,* 1968.

OSSENBÜHL, Fritz: «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», *DÖV,* 1971, S. 513 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: «Die Handlungsformen der Verwaltung», *JuS,* 1979, S. 681 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», *DÖV,* 1980, S. 545 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: «Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft», in: JESERICH/POHL/V. UNRUH, *Deutsche Verwaltungsgeschichte,* Bd. 5: *Die Bundesrepublik Deutschland,* 1987, S. 1143 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: «Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat», in: *HStR,* Bd. 3, § 61.

OSSENBÜHL, Fritz: «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», in: *HStR,* Bd. 3, § 62.

OSSENBÜHL, Fritz: «Rechtsverordnung», in: *HStR,* Bd. 3, § 64.

OSSENBÜHL, Fritz: «Autonome Rechtsetzung der Verwaltung», in: *HStR,* Bd. 3, § 65.

OSSENBÜHL, Fritz: «Satzung», in: *HStR,* Bd. 3, § 66.

OSSENBÜHL, Fritz: *Staatshaftungsrecht,* 4. Aufl., 1991.

OSSENBÜHL, Fritz: «Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung», in: *Festschrift für Konrad Redeker,* 1993, S. 55 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: «Maßhalten mit dem Übermaßverbot», in: *Festschrift für Peter Lerche,* 1993, S. 151 ff.

OSSENBÜHL, Fritz: «Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand», *ZGR,* 1996, S. 504 ff.

OSTERLOH, Lerke: *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze,* 1992.

OSTERLOH, Lerke: «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *VVDStRL,* Bd. 54 (1995), S. 204 ff.

OTTING, Olaf: *Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen,* 1997.

OZAWA, Connie P./SUSSKIND, Lawrence: «Konfliktmittlung in Verfahrensstreitigkeiten mit wissenschaftlichem Bezug», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen,* Bd. 1, S. 177 ff.

PANKOKE, Eckart: «Steuern und Verantworten», *DV,* Bd. 21 (1988), S. 429 ff.

PAPIER, Hans-Jürgen: *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat,* 1979.

PAPIER, Hans-Jürgen: «Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt»; in: *HStR,* Bd. 6, § 154.

PAPIER, Hans-Jürgen/MÖLLER, Johannes: «Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung», *AöR,* Bd. 122 (1997), S. 177 ff.

PAULY, Walter: «Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht», in: BECKER-SCHWARZE/KÖCK/KUPKA/V. SCHWANENFLÜGEL, *Wandel der Handlungsformen*, S. 25 ff.

PEINE, Franz-Joseph: *Das Recht als System*, 1983.

PERNICE, Ingolf: *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht*, 1991.

PERNICE, Ingolf/KADELBACH, Stefan: «Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht», *DVBl*, 1996, S. 1100 ff.

PETERS, Bernhard: «Der Sinn von Öffentlichkeit», in: NEIDHARDT, Friedhelm, *Öffentlichkeit, öffentliche Meinung, soziale Bewegungen*, S. 42 ff.

PFAB, Susanne: *Staatshaftung in Deutschland*, 1997.

PIETZCKER, Jost: *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978.

PIETZCKER, Jost: «Das Verwaltungsverfhren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VVDStRL*, Bd. 41 (1983), S. 193 ff.

PIETZCKER, Jost: «„Grundrechtsbetroffenheit" in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik», in: *Festschrift für Otto Bachof*, 1984, S. 131 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN/SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, S. 219 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht», *DÖV*, 1989, S. 785 ff.

PITSCHAS, Rainer: *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990.

PITSCHAS, Rainer: «Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht», in: BLÜMEL/PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, S. 229 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Europäische Integration als Netzwerkkoordination komplexer Staatsaufgaben», *StWuStPr*, 1994, S. 503 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Duale Umweltverantwortung von Staat und Wirtschaft», in: LÜDER, *Staat und Verwaltung*, S. 269 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozialverwaltung», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, S. 151 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Verwaltungsmodernisierung im Spannungsfeld von öffentlichem Dienstleistungsmanagement und dem Steuerungsanspruch des Rechts», in: MERCHEL, Joachim/SCHRAPPER, Christian (Hrsg.): *„Neue Steuerung"*, 1996, S. 107 ff.

PITSCHAS, Rainer: «Staatliches Management für Risikoinformation zwischen Recht auf informationelle Selbsbestimmung und gesetzlichem Kommunikationsvorbehalt», in: HART, Dieter, *Privatrecht im „Risikostaat"*, 1997, S. 215 ff.

POLOMSKI, Ralf-Michael: *Der automatisierte Verwaltungsakt*, 1993.

POTACS, Michael/POLLAK, Christiana: «Österreichischer Landesbericht», in: SCHWARZE, *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, S. 733 ff.

PRIEBE, Reinhard: *Entscheidungsbefugnisse vertragsfremder Einrichtungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979.

PUHL, Thomas: *Budgetflucht und Haushaltsverfassung*, 1996.

PÜNDER, Hermann: «Zur Verbindlichkeit der Kontrakte zwischen Politik und Verwaltung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells», *DÖV*, 1998, S. 63 ff.

PÜTTNER, Günter: *Die öffentlichen Unternehmen*, 2. Aufl., 1985.

RAISER, Ludwig: «Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verhandlungen des 46», *DJT*, Bd. 2, B, 1967.

RAMSAUER, Ulrich: *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums*, 1980.

RASCHAUER, Bernhard: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1998.

RAT VON SACHVERSTÄNDIGEN FÜR UMWELTFRAGEN: *Umweltgutachten 1994*, 1994.

REDEKER, Konrad: «Werden die Prozeßordnungen zum ministeriellen Experimentierfeld?», *DVBl*, 1992, S. 212 ff.

REDEKER, Konrad: «Neue Experimente mit der VwGO?», *NVwZ*, 1996, S. 521 ff.

REHBINDER, Eckard: «Anpassung an veränderte Daten als Pflicht oder Obliegenheit im Zivilrecht», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität*, S. 355 ff.

REICHARD, Christoph/WOLLMANN, Hellmut (Hrsg.): *Kommunalverwaltung im Modernisierungsschub?*, 1996.

REINERMANN, Heinrich: «Messungsprobleme der Rechnungskontrolle», *DV*, Bd. 14 (1981), S. 483 ff.

REINERMANN, Heinrich: «Vernetzte Verwaltung», *DV*, Bd. 28 (1995), S. 1 ff.

REINERMANN, Heinrich/FIEDLER, Herbert/GRIMMER, Klaus/LENK, Klaus/TRAUNMÜLLER, Roland (Hrsg.): *Neue Informationstechniken – Neue Verwaltungsstrukturen?*, 1988.

REMMERT, Barbara: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermßverbotes*, 1995.

RENGELING, Hans-Werner: *Rechtsgrundsätze beim VErwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1977.

RENGELING, Hans-Werner: *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993.

RENGELING, Hans-Werner: «Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen», *VVDStRL*, Bd. 53 (1994), S. 202 ff.

RENGELING, Hans-Werner/MIDDEKE, Andreas/GELLERMANN, Martin: *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, 1994.

RENGELING, Hans-Werner (Hrsg.): *Handbuch des deutschen und europäischen Umweltrechts*, 1998 (im Erscheinen).

RESS, Georg: «Verwaltung und Verwaltungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland unter dem Einfluß des europäischen Rechts und der europäischen Gerichtsbarkeit», in: BURMEISTER, Joachim (Hrsg.), *Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*, 1991, S. 199 ff.

RESS, Georg: «Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht», in: *Festschrift für Günther Winkler*, Wien, 1997, S. 897 ff.

RICHTER, Thorsten S.: «Rückforderung staatlicher Beihilfen nach §§ 48, 49 VwVfG bei Verstß gegen Art. 92 ff.», *EGV*, 1994.

RIEDEL, Eibe (Hrsg.): *Risikomanagement im öffentlichen Recht*, 1997.

RITTER, Ernst-Hasso: «Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat», in: GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben*, S. 69 ff.

RITTER, Ernst-Hasso: «Der kooperative Staat», *AöR*, Bd. 104 (1979), S. 389 ff.

RITTER, Ernst-Hasso: «Staatliche Steuerung bei vermindertem Rationalitätsanspruch?», in: *JbStVwW*, Bd. 1 (1987), S. 321 ff.

RITTER, Ernst-Hasso: «Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie», *DÖV*, 1992, S. 641 ff.

RITTER, Ernst-Hasso: «Organisationswandel duch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, S. 207 ff.

RITTNER, Fritz: «Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht», *EuR*, 1996, Beih. 1, S. 7 ff.
RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos/RIECHENBERG, Kurt: «Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts», in: *Festschrift für Ulrich Everling*, Bd. 2, 1995, S. 1213 ff.
RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts», *EuGRZ*, 1997, S. 289 ff.
RÖGER, Ralf: «Ein neuer Informationsanspruch auf europäischer Ebene: Der Verhaltenskodez vom 6. Dezember 1993 für den Zugang der Öffentlichkeit zu Kommissions- und Ratsdokumenten», *DVBl*, 1994, S. 1182 ff.
RÖHL, Hans Christian: *Der Wissenschaftsrat*, 1994.
RÖHL, Hans Christian: «Die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Rechtsetzung im Ministerrat der Europäischen Union», *EuR*, 1994, S. 409 ff.
RÖHL, Hans Christian: «Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?», *VerwArch*, Bd. 86 (1995), S. 531 ff.
RÖHL, Hans Christian/LADENBURGER, Clemens: *Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht*, 1997.
ROELLECKE, Gerd: «Verwaltung und Verwaltungsrecht», *DV*, Bd. 29 (1996), S. 1 ff.
RÖNCK, Rüdiger: *Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1995.
v. RÖNNE, Ludwig: *Das Staatsrecht der prußischen Monarchie*, Dritter Bd.: *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., 1883.
RÖTTINGER, Moritz/WEYRINGER, Claudia (Hrsg.): *Handbuch der europäischen Integration*, 2. Aufl., Wien, 1996.
ROMBACH, Paul: *Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren*, 1994.
RONELLENFITSCH, Michael: «Das besondere Gewaltverhältnis – ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut», *DÖV*, 1981, S. 933 ff.
RONELLENFITSCH, Michael: «Wirtschaftliche Betätigung des Staates», in: *HStR*, Bd. 3, § 84.
ROßNAGEL, Alexander: «Europäische Techniknormen im Lichte des Gemeinschaftsvertragsrechts», *DVBl*, 1996, S. 1181 ff.
ROßNAGEL, Alexander/NEUSER, Uwe (Hrsg.): *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996.
ROTH, Andreas: *Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt*, 1991.
RUBEL, Rüdiger: *Planungsermessen*, 1982.
RÜFNER, Wolfgang: «Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit», in: *HStR*, Bd. 3, § 80.
RÜFNER, Wolfgang: «Grundrechtsträger», in: *HStR*, Bd. 5, § 116.
RUPP, Hans Heinrich: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 2. Aufl., 1991.
RUTHIG, Josef: «Transformiertes Gemeinschaftsrecht und die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO», *BayVBl*, 1997, S. 289 ff.
SACHS, Michael: «Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat», *DVBl*, 1995, S. 873 ff.
SACHS, Michael (Hrsg.): *Grundgesetz, Kommentar*, 1996.
SALIS, Stefan: *Gestufte Verwaltungsverfahren im Umweltrecht*, 1991.

SALZWEDEL, Jürgen: «Umweltschutz», in: *HStR*, Bd. 3, § 85.
SCHÄFFER, Heinz: «Österreichs Beteiligung an der Willensbildung in der Europäischen Union, insbesondere an der europäischen Rechtssetzung», *ZÖR*, Bd. 50 (1996), S. 3 ff.
SCHAPP, Jan: *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, 1977.
SCHARPF, Fritz W.: *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, 1970.
SCHARPF, Fritz W.: «Politische Steuerung und Politische Indikationen», *PVS*, 1989, S. 10 ff.
SCHARPF, Fritz W.: «Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende zwanzigsten Jahrhunderts», *PVS*, 1991, S. 621 ff.
SCHENKE, Wolf-Rüdiger: «Probleme der modernen Leistungsverwaltung», *DÖV*, 1989, S. 365 ff.
SCHERER, Joachim: «Das neue Telekommunikationsgesetz», *NJW*, 1996, S. 2953 ff.
SCHERZBERG, Arno: «Risiko als Rechtsproblem», *VerwArch*, Bd. 84 (1993), S. 484 ff.
SCHEUING, Dieter H.: «Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität*, S. 289 ff.
SCHEUNER, Ulrich: «Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Plannung», in: KAISER, *Planung I*, S. 67 ff.
SCHEUNER, Ulrich: «Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung», *DÖV*, 1969, S. 585 ff.
SCHEUNER, Ulrich: «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung», in: *Festschrift für Gerhard Müller*, 1970, S. 379 ff.
SCHIMANK, Uwe: «Organisationssoziologie», in: KERBER/SCHMIEDER, *Spezielle Soziologien*, S. 240 ff.
SCHIMMELPFENNING, Hans-Christoph: *Vorläufige Verwaltungsakte*, 1989.
SCHINK, Alexander: «Umweltschutz als Staatsziel», *DÖV*, 1997, S. 221 ff.
SCHLETTE, Volker: *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991.
SCHLICHTER, Otto: «Investionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren», *DVBl*, 1995, S. 173 ff.
SCHLINK, Bernhard: *Die Amtshilfe*, 1982.
SCHLINK, Bernhard: «Freiheit druch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», *EuGRZ*, 1984, S. 457 ff.
SCHLINK, Bernhard: «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht», *VVDStRL*, Bd. 48 (1990), S. 235 ff.
SCHLUCHTER, Wolfgang: *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, 2. Aufl., 1983.
SCHMIDT, Detlef: *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*, 1985.
SCHMIDT, Reiner: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Allgemeiner Teil, 1990.
SCHMIDT, Reiner: «Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität*, S. 67 ff.
SCHMIDT, Reiner: «Der Staat der Umweltvorsorge», *DÖV*, 1994, S. 749 ff.
SCHMIDT, Reiner: «Privatisierung und Gemeinschaftsrecht», *DV*, Bd. 28 (1995), S. 281 ff.
SCHMIDT, Reiner: «Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen», *ZGR*, 1996, S. 345 ff.

SCHMIDT, Reiner (Hrsg.): *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Besonderer Teil, 2 Bde., 1995.

SCHMIDT, Walter: *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung*, 1969.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, Bd. 34 (1976), S. 221 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt», in: *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, 1977, S. 333 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: *Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Der Rechtsstaat», in: *HStR*, Bd. 1, § 24.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», *DVBl*, 1989, S. 533 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Verfahrensstrukturen in der Leistungsverwaltung», *VR*, 1989, S. 37 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Wissenschaftsrecht im Ordnungsrahen des öffentlichen Rechts», *JZ*, 1989, S. 205 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Struktur und Gestaltungselemente eines Unweltplanungsrechts», *DÖV*, 1990, S. 169 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff», *AöR*, Bd. 116 (1991), S. 329 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts», in: *Festschrift für Peter Lerche*, 1993, S. 513 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Wissenschaftsfreiheit als Organisationsgrundrecht», in: *Festschrift für Werner Thieme*, 1993, S. 697 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht», *DVBl*, 1993, S. 924 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht», in: *Festschrift für Konrad Redeker*, 1993, S. 225 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Empfiehlt es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft weiterzuentwickeln?», *JZ*, 1994, S. 832 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Öffentliches Recht und Privatrecht», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, S. 7 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Europäische Rechtsschutzgarantien. Auf dem Weg zu einem kohärenten Verwaltungsrechtsschutz in Europa», in: *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, S. 1283 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Planung als administrative Handlungsform und Rechtsinstitut», in: *Festschrift für Otto Schlichter*, 1995, S. 3 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Perspektiven der Selbstverwaltung der Landkreise», *DVBl*, 1996, S. 533 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft», *EuR*, 1996, S. 270 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource», in: ders./HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, S. 9 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Wissenschaftsrecht als systematische Disziplin», in: *Festschrift für Ernst-Joachim Meusel*, 1997, S. 217 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive», in: *Festschrift für Klaus Stern*, 1997, S. 745 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard: «Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven», *DVBl*, 1997, S. 281 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.): *Besonderes Verwaltungsgrecht*, 10. Aufl., 1995.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard/HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Hrsg.): *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard/KRÄMER, Hannes: «Das Verwaltungsverfahren und seine Folgen», *EuZöR*, 1993, Sonderheft, S. 99 ff.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard/KREBS, Walter: *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2. Aufl., 1992.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard/LADENBURGER, Clemens: «Umweltverfahrensrecht», in: RENGELING, Werner (Hrsg.), *Handbuch des deutschen und europäischen Umweltrechts*, § 18, 1998 (im Erscheinen).

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard/RÖHL, Hans Christian: «Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG)», *DÖV*, 1994, S. 577 ff.

SCHMIDT-EICHSTAEDT, Gerd: «Das Bauund Planungsrecht in der Europäischen Union», *DÖV*, 1995, S. 969 ff.

SCHMIDT-PREUß, Matthias: *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 1992.

SCHMIDT-PREUß, Matthias: «Normierung und Selbstnormierung aus der Sicht des Öffentlichen Rechts», *ZLR*, 1997, S. 249 ff.

SCHMIDT-PREUß, Matthias: «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», *VVDStRL*, Bd. 56 (1997), S. 160 ff.

SCHMITT GLAESER, Alexander: *Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts*, Berlin, 1996.

SCHMITT GLAESER, Walter: «Partizipation an Verwaltungsentscheidungen», *VVDStRL*, Bd. 31 (1973), S. 179 ff.

SCHMITT GLAESER, Walter: «Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung», in: LERCHE/SCHMITT GLAESER/SCHMIDT-ABMANN, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, S. 84 ff.

SCHMITT-KÖTTERS, Thomas: «Verfahrensprivatisierung als Element innovativer Gesetzgebungspolitik», in: HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER, *Verfahrensprivatisierung*, S. 31 ff.

SCHNAPP, Friedrich E.: «Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts», in: *Rechtstheorie*, 1978, S. 275 ff.

SCHNAPP, Friedrich E.: «Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts», *AöR*, Bd. 105 (1980), S. 243 ff.

SCHNAPP, Friedrich E.: «Der Verwaltungsvorbehalt», *VVDStRL*, Bd. 43 (1985), S. 172 ff.

SCHNEIDER, Hans: *Gesetzgebung*, 2. Aufl., 1991.

SCHNEIDER, Jens-Peter: «Kooperative und konsensuale Formen administrativer Entscheidungsprozesse», *JbNPÖ*, 15 (1996), S. 82 ff.

SCHNEIDER, Jens-Peter: *Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung*, 1991.

SCHNEIDER, Jens-Peter: «Öko-Audit als Scharnier in einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie», *DV*, Bd. 28 (1995), S. 361 ff.

SCHNEIDER, Jens-Peter: «Kooperative Verwaltungsverfahren», *VerwArch*, Bd. 87 (1996), S. 38 ff.

SCHNEIDER, Jens-Peter: «Das neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht,* S. 103 ff.

SCHOCH, Friedrich: *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht,* 1988.

SCHOCH, Friedrich: «Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?», *NVwZ,* 1990, S. 801 ff.

SCHOCH, Friedrich: «Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht», *VerwArch,* Bd. 79 (1988), S. 1 ff.

SCHOCH, Friedrich: «Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht», *DV,* Bd. 25 (1992), S. 21 ff.

SCHOCH, Friedrich: «Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität,* S. 199 ff.

SCHOCH, Friedrich: «Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts», *JZ,,* 1995, S. 109 ff.

SCHOCH, Friedrich: «Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», *DVBl,* 1997, S. 289 ff.

SCHOCH, Friedrich: «Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung», *VVDStRL,* Bd. 58 (1998 - im Erscheinen); «Leitsätze abgedruckt», in *DVBl,* 1997, S. 1369 ff.

SCHOCH, Friedrich/SCHMIDT-AßMANN, Eberhard/PIETZNER, Rainer (Hrsg.): *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar* (Lsbl.), Stand, 1997.

SCHÖN, Wolfgang: «Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand», *ZGR,* 1996, S. 429 ff.

SCHREIBER, Stefanie: *Verwaltungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft,* 1997.

SCHREYOEGG, Georg: *Umwelt, Technologie und Organisationsstruktur,* 3. Aufl., 1995.

SCHRÖDER, Meinhard: «Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung», in: *HStR,* Bd. 3, § 67.

SCHULIN, Bertram: «Solidarität und Subsidiarität», in: v. MAYDELL/KANNENGIEßER, *HdbSp,* S. 85 ff.

SCHULTE, Martin: *Schlichtes Verwaltungshandeln,* 1994.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: *Sozialplanung im Städtebaurecht,* 1979.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung,* 1988.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung», in: GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben,* S. 11 ff.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Zeitoffene Gesetzgebung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Innovation und Flexibilität,* S. 139 ff.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Verwaltungsrechtsdogmatik als Prozeß der Ungleichzeitigkeit», *DV,* Bd. 27 (1994), S. 277 ff.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie», *DVBl,* 1994, S. 657 ff.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Freiheit der Wissenschaft», in: *HdbVerfR,* § 27.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Recht des Immissionsschutzes», in: R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht,* Bes. Teil Bd. 1, S. 219 ff.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth: «Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe», *VVDStRL,* Bd. 55 (1996), S. 231 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten,* 1981.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», *DÖV,* 1987, S. 757 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Markt, Staat, Dritter Sektor – oder noch mehr?», *JbStVwW,* Bd. 3 (1989), S. 47 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation», *AöR,* Bd. 114 (1989), S. 127 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht», in: GRIMM, *Wachsende Staatsaufgaben,* S. 217 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN/SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts,* S. 65 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation», *Staat,* Bd. 32 (1993), S. 581 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Zur Staatswerdung Europas», *StWuStPr,* 1994, S. 35 ff.

SCHUPPERT, Gunnar Folke: «Sparstrategien auf der Suche nach ihrem Gegenstand», *AfK,* 1996, S. 226 ff.

SCHWAB, Dieter: *Einführung in das Zivilrecht,* 12. Aufl., 1995.

SCHWARZE, Jürgen: *Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz,* 1974.

SCHWARZE, Jürgen: «Zum Nutzen einer Systembildung für die Kontrolle der Staatsgewalt», *DVBl,* 1974, S. 893 ff.

SCHWARZE, Jürgen: «Administrative Leistungsfähigkeit als verwaltungsrechtliches Problem», *DÖV,* 1980, S. 581 ff.

SCHWARZE, Jürgen: «Funktionen des Rechts in der Europäischen Gemeinschaft», in: ders. (Hrsg.), *Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft,* 1985, S. 9 ff.

SCHWARZE, Jürgen: *Europäisches Verwaltungsrecht,* 2. Bde., 1988.

SCHWARZE, Jürgen: «Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedsstaaten», *DVBl,* 1996, S. 881 ff.

SCHWARZE, Jürgen: «Landesbericht Deutschland», in: ders., *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß,* S. 123 ff.

SCHWARZE, Jürgen: «Der Beitrag des Europäischen Gerichtschofs zur Europäisierung des Verwaltungsrechts», *EuR,* 1997, S. 419 ff.

SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.): *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß,* 1996.

SCHWEITZER, Michael/HUMMER, Waldemar: *Europarecht,* 5. Aufl., 1996.

SCHWEITZER, Michael (Hrsg.): *Europäisches Verwaltungsrecht,* Wien, 1991.

SEIBEL, Wolfgang/BENZ, Arthur (Hrsg.): *Regierungssystem und Verwaltungspolitik,* 1995.

SELMER, Peter/GERSDORF, Hubertus: *Verwaltungsvollstreckungsverfahren,* 1996.

SENDLER, Horst: «Teilhaberechte in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts», *DÖV,* 1978, S. 581 ff.

SENDLER, Horst: «Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff», in: *Festschrift für Carl Hermann Ule z. 80. Geb.,* 1987, S. 337 ff.

SENDLER, Horst: «40 Jahre Rechtsstaat des Grundgesetzes: Mehr Schatten als Licht?», *DÖV,* 1989, S. 482 ff.

SENDLER, Horst: «Anwendungsfeindliche Gesetzesanwendung», *DÖV,* 1992, S. 181 ff.

SHAPIRO, Daniel: «The Giving Reasons Requirement», in: *The University of Chicago Legal Forum,* 1992, S. 179 ff.

SIEBER, Ulrich: «Informationsrecht und Recht der Informationstechnik», *NJW,* 1989, S. 2569 ff.

SIEDENTOPF, Heinrich: «Experimentierklausel – eine „Freisetzungsrichtlinie“ für die öffentliche Verwaltung», *DÖV,* 1995, S. 193.

SIEDENTOPF, Heinrich/ZILLER, Jacques (Hrsg.): *Making European Policies Work/L'Europe des Administrations?,* 2 Bde., London, 1988.

SIMITIS, Spiros: «Die EU-Datenschutzrichtlinie – Stillstand oder Anreiz?», *NJW,* 1997, S. 281 ff.

SIMONS, Thomas: *Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht,* 1985.

SKOURIS, Wassilios: *Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß,* 1979.

SOMMERMANN, Karl-Peter: «Europäisches Verwaltumgsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?», *DVBl,* 1996, S. 889 ff.

SPANNOWSKY, Willy: «Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen», *DVBl,* 1992, S. 1072 ff.

SPANNOWSKY, Willy: *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen,* 1994.

SPANNOWSKY, Willy: «Die Leistungsfähigkeit von Effizienzkontrollen am Beispiel der regionalen Wirtschftsförderung», *DÖV,* 1995, S. 41 ff.

SPANNOWSKY, Willy: «Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand», *ZGR,* 1996, S. 400 ff.

STARCK, Christian: «Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle», in: *Festschrift für Horst Sendler,* 1991, S. 167 ff.

STARCK, Christian: «Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee», in: *HStR,* Bd. 2, § 29.

STAUPE, Jürgen: *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis,* 1986.

v. STEIN, Lorenz: *Die Verwaltungslehre,* Bd. 1, 2. Aufl., 1869.

STEINBERG, Rudolf: *Politik und Verwaltungsorganisation,* 1979.

STEINBERG, Rudolf: *Fachplanung,* 2. Aufl., 1993.

STEINBERG, Rudolf: «Probleme der Europäisierung des deutschen Umweltrechts», *AöR,* Bd. 120 (1995), S. 549 ff.

STEINBERG, Rudolf: «Chancen zur Effektuierung der Umweltverträglichkeitsprüfung durch die Gerichte?», *DÖV,* 1996, S. 221 ff.

STEINBERGER, Helmut: «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft», *VVDStRL,* Bd. 50 (1991), S. 9 ff.

STELKENS, Paul/BONK, Heinz Joachim/SACHS, Michael: *Verwaltungsverfahrensgesetz,* 4. Aufl., 1993.

v. STENGEL, Carl: «Begriff, Umfang und System des Verwaltungsrechts», *ZgS,* 1882, S. 219 ff.

STERN, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* Bd. 1, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung,* 2. Aufl., 1984; Bd. 2, *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung,* 1980; Bd. 3/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte,* 1988; Bd. 3/2, *Allgemeine Lehren der Grundrechte,* 1994.

STERN, Klaus: «Bundesrechnungshof und Finanzkontrolle aus verfassungsrechtlicher Sicht», *DÖV,* 1990, S. 261 ff.

STERN, Klaus: «Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots», in: *Festschrift für Peter Lerche,* 1993, S. 165 ff.

STERN, Klaus (Hrsg.): *40 Jahre Grundgesetz,* 1990.

STETTNER, Rupert: «Not und Chance der grundgesetzlichen Gewaltenteilung», *JöR,* Bd. 35 (1986), S. 57 ff.

STOBER, Rolf: *Wirtschaftsverwaltungsrecht,* 10. Aufl., 1996.

STOLL, Peter-Tobias: «Technologischer Wandel und staatliche Kontrolle», in: BECKER-SCHWARZE/KÖCK/KUPKA/V. SCHWANENFLÜGEL, *Wandel der Handlungsformen,* S. 143 ff.

STOLLEIS, Michael: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland,* Bd. 1, 1988, Bd. 2, 1992.

STREINZ, Rudolf: «Der Einfluß des europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland», in: SCHWEITZER, *Europäisches Verwaltungsrecht,* S. 240 ff.

STREINZ, Rudolf: «Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane», in: *HStR,* Bd. 7, § 182.

STREINZ, Rudolf: «Probleme des Zusammenwirkens von EG und Mitgliedstaaten beim Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts», *WiVerw,* 1996, S. 129 ff.

STÜER, Bernhard: «Die Beschleunigungsnovellen 1996», *DVBl,* 1997, S. 326 ff.

TETTINGER, Peter J.: *Kammerrecht,* 1997.

TEUBNER, Gunther: *Recht als autopoietisches System,* 1989.

THIEME, Werner: «Über die Notwendigkeit einer Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts», *DÖV,* 1996, S. 757 ff.

THÜRER, Daniel: «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft», *VVDStRL,* Bd. 50 (1991), S. 97 ff.

TINNEFELD, Marie-Theres/PHILIPPS, Lothar/HEIL, Susanne (Hrsg.): *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa,* 1995.

TOMUSCHAT, Christian: «Völkerrechtliche Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», in: *Festschrift für Konrad Redeker,* 1993, S. 273 ff.

TRIANATAFYLLOU, Dimitris: «Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts», *NVwZ,* 1994, S. 943 ff.

TRIANATAFYLLOU, Dimitris: *vom Vertragsvorbehalt zum Gesetzesvorbehalt,* 1996.

TRIANATAFYLLOU, Dimitris: «Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts», *DÖV,* 1997, S. 192 ff.

TRUTE, Hans-Heinrich: *Vorsorgestrukturen und Lufreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz,* 1989.

TRUTE, Hans-Heinrich: *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung,* 1994.

TRUTE, Hans-Heinrich: «Ungleichzeitigkeiten in der Dogmatik: Das Wissenschaftsrecht», *DV,* Bd. 27 (1994), S. 301 ff.

TRUTE, Hans-Heinrich: «Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele –», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht,* S. 167 ff.

TRUTE, Hans-Heinrich: «Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», *DVBl,* 1996, S. 950 ff.

TRUTE, Hans-Heinrich: «Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht», in: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsorganisationsrecht*, S. 249 ff.

TRUTE, Hans-Heinrich: «Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingen einer Informationsordnung», *VVDStRL*, Bd. 57 (1998-im Erscheinen); «Leitsätze abgedruckt», in: *DVBl*, 1997, S. 1369 ff.

UHLE, Arnd: «Das Staatsziel „Umweltschutz" im System der grundgesetzlichen Ordnung», *DÖV*, 1993, S. 947 ff.

ULE, Carl Hermann: «Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht», in: *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, S. 309 ff.

USHER, John A.: «The Commission and the law», in: EDWARDS/SPENCE, *European Commission*, S. 155 ff.

VOGEL, Klaus: *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, 1965.

VOGEL, Klaus: «Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes», in: *HStR*, Bd. 4, § 87.

VOIGT, Rüdiger: «Politische Steuerung aus interdisziplinärer Perspektive», in: ders. (Hrsg.), *Politische Steuerung moderner Industrie-Gesellschaften, PoST-Diskussionispapier*, Nr. 1, Universität der Bundeswehr München, 1991.

VOIGT, Rüdiger: «Staatliche Steuerung aus interdisziplinärer Perspektive», in: KÖNIG/DOSE, *Instrumente und Formen*, S. 289 ff.

VOßKUHLE, Andreas: *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993.

VOßKUHLE, Andreas: «Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung», *VerwArch*, Bd. 85 (1994), S. 567 ff.

WADE, William/FORSYTH, Christopher: *Administrative Law*, 7. Aufl., 1994.

WAECHTER, Kay: «Polizeiliches Ermessen zwischen Planungsermessen und Auswahlermessen», *VerwArch*, Bd. 88 (1997), S. 298 ff.

WAHL, Rainer: *Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, 2 Bde., 1978.

WAHL, Rainer: «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VVDStRL*, Bd. 41 (1983), S. 151 ff.

WAHL, Rainer: «Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG"», in: *Festschrift für Konrad Redeker*, S. 245 ff.

WAHL, Rainer: «Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau», *DVBl*, 1993, S. 517 ff.

WAHL, Rainer: «Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-AßMANN/SCHUPPERT, *Reform des Verwaltungsrechts*, S. 177 ff.

WAHL, Rainer: «Neues Verfahrensrecht für Planfeststellung und Anlagengenehmigung – Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens oder bereichsspezifische Sonderordnung?», in: BLÜMEL/PITSCHAS, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, S. 83 ff.

WAHL, Rainer: «Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts», *DVBl*, 1996, S. 641 ff.

WAHL, Rainer/GROß, Detlef: «Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel Food-Verordnung», *DVBl*, 1998, S. 2 ff.

WAHL, Rainer/HERMES, Georg/SACH, Karsten: «Genehmigung zwischen Bestandsschutz und Flexibilität», in: WAHL, *Prävention und Vorsorge*, S. 217 ff.

WAHL, Rainer/MASING, Johannes: «Schutz durch Eingriff», *JZ*, 1990, S. 553 ff.

WAHL, Rainer (Hrsg.): *Prävention und Vorsorge*, 1995.

WALLACE, Helen (Hrsg.): *Policy-Making in the European Union*, 3. Aufl., Oxford 1996.

WALLERATH, Maximilian: *Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht*, 1988.

WALLERATH, Maximilian: «Kontraktmanagement und Zielvereinbarungen als Instrumente der Verwaltungsmodernisierung», *DÖV*, 1997, S. 57 ff.

WALTER, Robert: «Partizipation an Verwaltungsentscheidungen», *VVDStRL*, Bd. 31 (1973), S. 147 ff.

WALTER, Robert (Hrsg.): *Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit*, 1990.

WEBER, Werner: «Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem», in: ders., *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3. Aufl., 1970, S. 152 ff.

WEIDNER, Helmut: «Freiwillige Kooperationen und alternative Konfliktregelungsverfahren in der Umweltpolitik», in: VAN DEN DAELE/NEIDHARDT, *Kommunikation und Entscheidung*, S. 195 ff.

WERNER, Fritz: «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *DVBl*, 1959, S. 527 ff.

WEYREUTHER, Felix: *Verwaltungskontrolle durch Verbände?*, 1975.

WEYREUTHER, Felix: «Die Bedeutung des Eigentums als abwägungserheblicher Belang bei der Planfeststellung nach dem Bundesfernstraßengesetz», *DÖV*, 1977, S. 419 ff.

WEYREUTHER, Felix: *Bauen im Außenbereich*, 1979.

WEYREUTHER, Felix: «Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes und die „dadurch" bewirkte VErletzung „in... Rechten" (§ 113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1 VwGO)», in: *Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, 1985, S. 681 ff.

WINKLER, Günther: «Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht», in: ERMACORA/WINKLER/KOJA/RILL/FUNK (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, Festgabe für Walter Antoniolli*, Wien, 1979, S. 3 ff.

WINTER, Gerd (Hrsg.): *Sources and Categories of European Union Law*, 1996.

WOLFF, Hans Julius/BACHOF, Otto: *Verwaltungsrecht II*, 4. Aufl., 1976.

WOLFF, Hans Julius/BACHOF, Otto: *Verwaltungsrecht III*, 4. Aufl., 1978.

WOLFF, Hans Julius/BACHOF, Otto/STOBER, Rolf: *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl., 1994.

WOLFF, Hans Julius/BACHOF, Otto/STOBER, Rolf: *Verwaltungsrecht II*, 5. Aufl., 1987.

WÜRTENBERGER, Thomas: *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, 1979.

WÜRTENBERGER, Thomas: «Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren», *NJW*, 1991, S. 257 ff.

WÜRTENBERGER, Thomas: *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996.

ZACHER, Hans: «Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts», in: KÜBLER, *Verrechtlichung*, S. 11 ff.

ZACHER, Hans: «Das soziale Staatsziel», in: *HStR*, Bd. 1, § 25.

ZACHER, Hans: «Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter», in: *Festschrift für Peter Lerche*, 1993, S. 107 ff.

ZACHER, Hans: *Forschung, Gesellschaft und Gemeinwesen*, 1993.

ZIMMER, Gerhard: *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, 1979.

ZIPPELIUS, Reinhold: *Allgemeine Staatslehre*, 12. Aufl., 1994.

ZUCK, Rüdiger: «Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht», in: *Festschrift für Horst Sendler,* 1991, S. 155 ff.
ZÜRN, Michael: «Über den Staat und die Demokratie im europäischen Mehrebenensystem», *PVS,* 1996, S. 27 ff.
ZULEEG, Manfred: «Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft», *NJW,* 1994, S. 545 ff.

ÍNDICE ANALÍTICO *

* Traducción de Mariano Bacigalupo Saggese.

ÍNDICE